

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

LUIZA SILVA RODRIGUES

A SISTEMÁTICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DE LEI Nº
8.046/2010

Florianópolis (SC)

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

LUIZA SILVA RODRIGUES

**A SISTEMÁTICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DE LEI Nº
8.046/2010**

Trabalho de Conclusão apresentado à banca
examinadora do Curso de Graduação da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. EDUARDO MELLO E SOUZA

Florianópolis (SC)

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

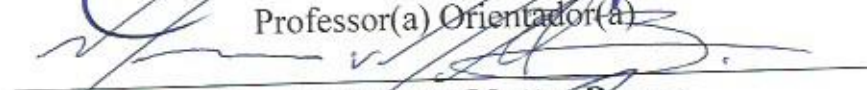
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A sistemática das tutelas de urgência no projeto de Lei nº. 8.046/2010: um ensaio crítico sobre o instituto do *référé***", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Luiza Silva Rodrigues**, defendida em **05/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (DT), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013



Eduardo Mello e Souza
Professor(a) Orientador(a)



Marcus Vinicius Motter Borges
Membro de Banca



Rodrigo Steinhmann Bayer
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Eduardo Mello e Souza, que, com muita propriedade, esmiúça os matizes do processo civil, imprimindo-lhes um viés crítico e contextualizado, de forma a instigar maior zelo na apreensão de seus conceitos. Agradeço por aceitar a incumbência de me guiar no desenvolvimento desse estudo e por desempenhar um papel de tutor, dada a sua preocupação com a formação do aluno em vários espectros inerentes à vida no âmbito jurídico.

Ao professor Eduardo de Avelar Lamy, pelas primeiras lições de processo civil, cuidadosamente ministradas, que me despertaram interesse no estudo do processo.

Aos professores Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, Renata Raupp Gomes, Heloísa Maria Sobierajski, Rafael Peteffi da Silva e José Isaac Pilati, por desvendarem os encantos do direito civil, em valiosas aulas, aprofundando os assuntos e contribuindo para que eu desenvolvesse especial apreço pela matéria, durante a faculdade.

Aos professores Marcus Vinícius Motter Borges e Rodrigo Steinmann Bayer por gentilmente aceitarem o convite para comporem a banca examinadora desse estudo.

A todos os demais professores de alto gabarito que imprimem qualidade ímpar ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, por suas preciosas lições.

Aos amigos e colegas do curso, pelo incentivo, pelo conforto, pelos debates, pelo aprendizado, durante esses cinco anos.

A todos os que fizeram parte das minhas experiências profissionais durante a graduação, por se disporem a compartilhar seus saberes com tanta solicitude. Especialmente, ao Dr. Cláudio Eduardo Regis Figueiredo e Silva e ao Dr. Lédio Rosa de Andrade e suas equipes, por todo o apoio no desempenho acadêmico, seja em discussões a respeito de casos, seja no âmbito motivacional, ou mesmo no que concerne às contribuições para o desenvolvimento desse estudo.

Aos meus familiares, em especial, aos meus pais, por sempre me propiciarem bases sólidas à minha formação, fornecendo amor incondicional.

“É necessário denunciar a funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver; e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador, e as expectativas que ele acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia-a-dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto aos ensinamentos que a experiência nos possa dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito, e até de desfazê-lo, se preciso for.”

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

O presente estudo erige-se na pretensão de analisar a sistemática das tutelas de urgência preconizada pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010, que propõe o Novo Código de Processo Civil brasileiro. À realização de tal escopo, traça-se, inicialmente, uma retrospectiva histórica, a fim de investigar as bases evolutivas do instituto à luz do direito romano, do direito português e do direito brasileiro. Segue-se à análise do sistema processual contemporâneo, com ênfase no tratamento conferido pelos Códigos de 1939 e 1973 às tutelas de urgência, bem como nas alterações perpetradas pelas reformas de 1994 e 2002. Em contraponto, investigam-se as bases do assunto no direito comparado, que exerceu notória ingerência na conformação da ciência processual civil pátria – especialmente, a *common law* e os sistemas italiano e francês. Delineado o contexto em que se insere o estudo, adentra-se à crítica ao atual sistema de tutelas de urgência, no direito brasileiro, marcado por uma série de incongruências, cujas marchas e contramarchas implicaram em sua ineficácia, urgindo a necessidade de uma nova sistematização. Outrossim, destacam-se as incompreensões doutrinárias e jurisprudenciais quanto às peculiaridades de ambas as tutelas – antecipada e cautelar –, e desvenda-se o mito da cognição sumária com efeitos definitivos, na medida em que constitui uma contradição em termos. Finalmente, passa-se à análise do Projeto de Lei nº 8.046/2010, no que tange às tutelas de urgência, conferindo destaque especial ao instituto da estabilização da tutela, importado do direito alienígena. Critica-se a sua falsa impressão de estabilidade e sua incompatibilidade face à dogmática processual civil brasileira, demonstrando-se preocupação quanto aos seus reais efeitos na prática forense. Forte na impossibilidade de dissociar-se a norma de sua aplicação prática, procede-se a breves análises jurisprudenciais no que concerne às tutelas de urgência em sede recursal e à parcela incontroversa, que também encontram fundamento no Novo Código. Cumpridos os objetivos, conclui-se que a elaboração de um novo diploma, erigido sobre suas próprias bases estruturais, constitui iniciativa louvável, com vistas a eliminar os remendos do atual código, que muito comprometeram sua organicidade. O elogio, entretanto, é acompanhado de críticas, porquanto a legislação, em alguns aspectos, não é compatível com o atual estágio de desenvolvimento do processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Processo civil. Tutelas de urgência. Código de Processo Civil de 1939 e de 1973. Reformas processuais. Ineficácia do sistema. Incongruências doutrinárias e jurisprudenciais. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Estabilização da tutela.

RIASSUNTO

Questo studio ha la pretesa di analizzare la sistematica dei provvedimenti d'urgenza nel Progetto di Legge n. 8.046/2010, che propone il Nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano. Per raggiungere l'obiettivo, tracciata, inizialmente, una retrospettiva storica, al fine di investigare le basi evolutive dell'istituto alla luce del diritto romano, del diritto portoghese e del diritto brasiliano. Segue l'analisi del sistema processuale contemporaneo, con particolare attenzione al trattamento determinato dai Codici del 1939 e del 1973 alle tutele d'urgenza, nonché sulle modifiche perpetrate dalle riforme del 1994 e del 2002. In contrasto, si investigano i fondamenti dell'argomento nel diritto comparato, che ha esercitato notevole influenza nella conformazione della scienza di procedura civile patria – specialmente, la *common law* e dei sistemi italiano e francese. Delineato il contesto in cui appare lo studio, entra in critica l'attuale sistema di tutele d'urgenza, nel diritto brasiliano, caratterizzato da una serie d'incongruenze, le cui marce e contromarce hanno implicato nella sua inefficacia, generando la necessità di una nuova sistematizzazione. Inoltre, si segnalano i malintesi dottrinali e giurisprudenziali per quanto riguarda le peculiarità di entrambe le tutele – anticipata e cautelare –, e si rivela il mito della cognizione sommaria con effetti definitivi, in quanto si tratta di una contraddizione in termini. Infine, si passa all'analisi del Progetto di Legge n. 8.046/2010, per quanto riguarda le tutele d'urgenza, dando particolare enfasi all'istituto della “stabilizzazione della tutela”, importato dal diritto straniero. Si critica la sua falsa impressione di stabilità e la sua incompatibilità nel confronto con la dogmatica processuale civile brasiliana, dimostrandosi preoccupazione circa dei suoi reali effetti sulla pratica forense. Data l'impossibilità di dissociare la norma dalla sua applicazione pratica, si presentano brevi analisi giurisprudenziali in relazione alle tutele d'urgenza in sede di appello e la “porzione indiscussa”, che trovano fondamento pure nel Nuovo Codice. Raggiunti gli obiettivi, si conclude che lo sviluppo di un nuovo testo, costruito sulle proprie basi strutturali, è lodevole iniziativa, per l'eliminazione delle patch del codice attuale, che molto hanno compromesso la sua organicità. L'osservazione, tuttavia, è accompagnata da critiche, perché la legge, per certi aspetti, non è compatibile con l'attuale fase di sviluppo della procedura civile brasiliana.

Parole-chiave: Procedura civile. Tutele d'urgenza. Codice di Procedura Civile del 1939 e del 1973. Riforme procedurali. Inefficacia del sistema. Incongruenze dottrinali e giurisprudenziali. Progetto di Legge n. 8.046/2010. “Stabilizzazione della tutela”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 BASE EVOLUTIVA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	11
1.1 Desenvolvimento histórico	11
1.1.1 Direito romano	11
1.1.2 Direito português.....	16
1.1.3 Direito brasileiro	21
1.2 Sistema processual contemporâneo	23
1.2.1 Código de Processo Civil de 1939	24
1.2.2 Código de Processo Civil de 1973	28
1.2.3 Reformas de 1994 e de 2002	33
1.3 Tutelas de urgência no direito comparado.....	40
1.3.1 <i>Common law</i>	40
1.3.2 Sistema italiano	43
1.3.3 Sistema francês.....	46
2 CRÍTICA AO SISTEMA ATUAL	49
2.1 Tutelas de urgência e a necessidade de uma melhor sistematização	49
2.2 Marchas e contramarchas das tutelas de urgência: ineficácia do sistema atual	59
2.3 O mito da cognição sumária com efeitos definitivos.....	61
3 O PROJETO DE LEI Nº 8.046/2010: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	68
3.1 Radiografia do Projeto de Lei nº 8.046/2010 no tocante às tutelas de urgência	69
3.2 A problemática envolvida: a falsa impressão de estabilidade.....	76
3.3 Análise jurisprudencial	81
3.3.1 Tutelas de urgência em sede recursal.....	82
3.3.2 Parcela incontroversa: uma tutela de evidência	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A efetividade da prestação jurisdicional é tema recorrente no direito brasileiro, impassível de ser analisado à revelia dos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Dentre os vetores constitucionais, impera o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, que representa um instrumento à construção de uma ordem jurídica justa, ao conceder a todos, indistintamente, o direito de provocar o Poder Judiciário a fim de obter a devida prestação jurisdicional.

Tal previsão, entretanto, afigurou-se insuficiente: além do acesso ao Poder Judiciário, era preciso garantir aos cidadãos uma justiça tempestiva. Logo, o direito de ação não pode ser dissociado da ideia de razoável duração do processo, com vistas a atingir-lhe um fim útil.

Ademais, a partir do momento em que a demanda por essa prestação jurisdicional superou a própria estrutura estatal para atendê-la, fez-se necessário repensar formas de tornar a marcha processual mais célere, resguardando os direitos das partes dos prejuízos acarretados pelo fator temporal.

Nessa senda, desenvolveu-se o sistema das tutelas de urgência, visando antecipar os efeitos da tutela final (tutela antecipada) ou simplesmente acautelar, assegurar um direito (tutela cautelar), a fim de evitar sua perda ou deterioração, pelo decurso do tempo ou outro meio lesivo.

Há muito se discute, no âmbito do processo civil brasileiro, acerca da criação e aprimoramento de mecanismos capazes de solucionar conflitos. Embora as tutelas de urgência figurem no cerne de grandes debates na doutrina nacional, a proposta de estudo erige-se sobre o projeto de um novo diploma, que promove uma reestruturação e insere inovações no sistema.

Intenta-se traçar, dessa forma, um panorama geral sobre a nova sistemática das tutelas de urgência, buscando, no direito comparado, as origens e influências externas que inspiraram a configuração proposta pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010. A novidade do trabalho reside exatamente nessa preocupação de aprofundar os estudos sobre as tutelas de urgência no direito brasileiro, destacando as raízes, as diferenças escolásticas e as intertextualidades com diplomas estrangeiros que ora se refletem no projeto do novo código.

Nesse mister, não se pode furtar a uma análise crítica, conferindo relevo às incongruências históricas e jurisprudenciais que permeiam o tema de estudo. Outrossim, compreender as inovações propostas pelo projeto e, principalmente, as implicações dessa nova conformação à luz da doutrina processual civil e do ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental.

Impende examinar, todavia, se as modificações sugeridas afiguram-se consonantes ao atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica processual, sob pena de o lapso entre o direito legislado e a prática forense fulminar qualquer pretensão de progresso.

O estudo será desenvolvido com base no método dedutivo, utilizando procedimentos de pesquisa legislativa – especificamente à Constituição Federal, ao projeto de lei nº 8.046/2010, aos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, bem como às reformas por que passaram na década de 1990 e neste início de século –, pesquisa bibliográfica – com leitura, análise e fichamento do material – e pesquisa jurisprudencial, analisando-os sob o prisma dos conceitos operacionais referentes ao tema.

1 BASE EVOLUTIVA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

1.1 Desenvolvimento histórico

Debruçar-se sobre um instituto jurídico implica em dissecar seu arcabouço teórico, examinar seus pressupostos, e, sobretudo, investigar sua trajetória, partindo das estruturas mais incipientes que lhe deram origem. Essa decomposição em várias perspectivas concede ampla visualização do objeto de estudo, que, impassível de ser isolado em um ambiente hermeticamente fechado, sofre influências externas, mormente em se tratando da ciência jurídica.

Uma análise histórica proporciona uma compreensão retrospectiva, dirimindo dúvidas e elucidando, paulatinamente, a estrutura do ordenamento jurídico, seus fundamentos, seus institutos, suas configurações formais, até atingir seu substrato material. Em suma, a história provê à consciência do homem um “material abundante, inesgotável, utilíssimo à construção de seu conhecimento, de seu juízo, de sua vontade”. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 22-23)

Um ensaio destinado à percepção do sistema de tutelas de urgência no processo civil brasileiro, portanto, não pode se furtar à análise, sob a perspectiva histórica, de outros ordenamentos que lhe influenciaram diretamente nesse mister, em especial, o direito romano e o direito portugueses.

1.1.1 Direito romano

A processualística civil desenvolveu-se concomitantemente às transformações políticas de Roma, que conheceu várias formas de governo – realeza, república, principado e *dominato*.

Costuma-se dividir o processo civil romano em três grandes períodos: o das *legis actiones* (ações da lei), utilizado no direito pré-clássico; o *per formulas* (processo formulário), no direito clássico; e o da *extraordinaria cognitio* (processo extraordinário), no direito pós-clássico. A fim de melhor situar, cronologicamente, tais sistemas processuais, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 39) assim comentam, brevemente:

O primeiro, em vigor desde os tempos de fundação de Roma (754 a.C.) até os fins da república; o segundo, constituindo com o anterior, o *ordo iudiciorum privatorum*, teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a.C.) e oficializado definitivamente pela *lex Julia provatorum*, do ano 17 a.C., aplicado, já de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C.); e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem*, instituído com o advento do principado (27 a.C.) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano no Ocidente.

Impende salientar, como advertem os autores (1996, p. 40), que essa demarcação é apenas “convencional”, eis que, em cada um desses períodos, podem-se distinguir diferentes fases. Outrossim, houve épocas em que coexistiram dois sistemas processuais, de modo que as datas assinaladas devem ser interpretadas senão como formas de delimitar, mais ou menos, o período histórico em que predominou determinado sistema processual. Diz José Carlos Moreira Alves (2007, p. 191) que “cada um desses sistemas não foi abolido, imediata e radicalmente, pelo que lhe sucedeu. Ao contrário, a substituição foi paulatina”.

A jurisdição nasceu, em Roma, intrinsecamente ligada à religião, porquanto se atribuiu aos pontífices a incumbência de conceber um procedimento, através de simbolismos e rituais, com o intuito de disciplinar a autotutela que imperava até então. Isso justifica, de certa maneira, o formalismo exacerbado, característico do direito processual romano, a despeito de ser, nos primórdios, essencialmente oral.

De toda sorte, o rei detinha legitimidade para julgar em primeira instância, eis que reunia, em decorrência do seu *imperium*, poderes militares, religiosos e civis. Assim, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 42) concluem que a “intervenção estatal” determinava às partes litigantes a observância de atos, e,

[...] com o andar dos tempos, em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, os litígios privados tornam-se sempre mais complexos e numerosos reclamando a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais.

Sobreveio a necessidade, portanto, de transferir o *imperium* a outros órgãos, e é nesse momento que se verifica uma bipartição do procedimento, com as seguintes fases:

[...] *in iure*, diante do pretor, incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da controvérsia; e, em consequência, *apud iudicem*, perante o *index unus*, ou, nas controvérsias entre romanos e estrangeiros, diante do tribunal dos *recuperatores*; ou, ainda, nas questões sobre sucessão hereditária, perante o tribunal dos *centumviri*. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 43-44).

Então o pretor possuía o *imperium mixtum*, que compreendia, além do *imperium*, também o poder de jurisdição, isto é, de declarar a hipótese normativa aplicável ao caso sob

análise. O poder de julgar, de outra sorte, pertencia ao *iudex*, um cidadão romano que detinha soberania para julgar, sem subordinação “a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico.” (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 44).

A ação, no direito romano, restringia-se, basicamente, ao titular do direito material violado, como consequência da teoria imanentista. Não havia, propriamente, uma distinção entre o direito processual e o direito material, tratados em conjunto na experiência jurídica romana. Daí que a cada direito correspondia uma ação específica, e o conceito de *actio* condicionava-se, exatamente, à tutela de um conteúdo substancial.

Por isso, José Carlos Moreira Alves (2007, p. 190) julga acertada a afirmação de que “em Roma, não se conheceu a *actio* (ação), mas, sim, as *actiones* (ações).”. Complementa a assertiva aduzindo que “os romanos [...] encaravam os direitos antes pelo aspecto processual do que pelo material”, razão pela qual costuma-se dizer que “o direito romano era antes um *sistema de ações* do que um *sistema de direitos subjetivos*.”.

Com a introdução do processo formulário, houve uma racionalização normativa do sistema processual, a partir daí marcado por menor formalismo e maior celeridade, desenrolando-se segundo um rito padrão.

As tutelas de urgência no direito romano provieram, exatamente, da necessidade de adequar-se, cada vez mais, os meios processuais às incipientes exigências sociais. A estrita observância às normas positivadas no *ius civile* reputavam-se insuficientes à tutela dos direitos, e cabia ao pretor preencher essas lacunas.

Por isso, surgiram meios complementares do processo formulário, que prescindiam do comparecimento dos litigantes à presença do *iudex*, utilizados, pelos “magistrados judiciais para evitar que surgisse uma demanda, ou para melhor prepará-la, ou para assegurar os resultados já alcançados num pleito judicial.” (ALVES, 2007, p. 247-248). Tais alternativas consistiam em interditos (*interdicta*), estipulações pretorianas (*stipulationes praetoriae*), imissões na posse ou detenção (*missiones in possessionem*) e restituições *in integrum* (*restitutiones in integrum*).

Então que, em meados do século III a.C., criaram-se os interditos proibitórios, que intentavam, em essência, promover a tutela da posse, em detrimento da autodefesa, face à inexistência de uma ação específica destinada à solução dos litígios possessórios. Havia não só os interditos proibitórios, como também os exhibitórios e os restituitórios.

A despeito dos plúrimos significados do vocábulo “*interdictum*”, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 112) aduzem que:

Genericamente considerado, o *interdictum* correspondia a uma ordem, requisitada por um particular e emanada de um magistrado para que se fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa; ou seja, mais especificamente, a tutela por interdito consubstanciava-se num comando do pretor *in iure*, a pedido de um cidadão e dirigido a outro particular; defendendo, destarte, indiretamente, a parte provocadora.

Portanto, requerida a tutela, o magistrado deveria analisar, em cognição sumária, os fundamentos deduzidos, e prolatar sua decisão, no sentido de denegação ou concessão da ordem. Nesse último caso, o comando emitido possuía natureza cautelar, tutelando o estado atual da coisa litigiosa.

Dessa ordem emitida pelo pretor – proibitiva da prática de um ato ou determinante da exibição ou restituição de alguma coisa ou pessoa – decorriam duas diferentes situações: se o comando fosse acatado pelo seu destinatário, estava finda a questão, por estar satisfeita a pretensão daquele que o postulou. Em caso contrário, se não houvesse obediência, se tal ordem fosse desrespeitada, a parte interessada poderia provocar a instauração de um procedimento formular “ordinário”, denominado *actio ex interdicto* – por derivar de uma precedente tutela interdital –, que tinha por objeto examinar se efetivamente o comando pretoriano havia sido desacatado. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 115).

Insta salientar que tais tutelas não integravam a jurisdição, que se limitava à declaração de um direito, mas possuíam caráter administrativo. A esse respeito, explica Ovídio A. Baptista da Silva (1997, p. 27) que:

As razões pelas quais se excluem os interditos do conceito de jurisdição, portanto, são estas: (a) o “comando” imposto pelo pretor era “condicionado”, quer dizer, o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, o que significa afirmar que não teria havido, ainda, “composição” (definitiva) do conflito; (b) o interdito estabelecia um vínculo *di natura pubblicistica*, ao passo que o ordenamento jurídico privado somente poderia reproduzir um reconhecimento (declaração) de direitos, nunca uma *ordem*, declaração esta relativa sempre a uma relação de direito privado.

O interdito afigurava-se, no máximo, como um acerto instrutório, de caráter preventivo e, por isso, impassível de ser qualificado como uma sentença definitiva – esclarece o autor, citando G. I. Luzzatto (1997, p. 35). E continua, completando o seu raciocínio, no sentido de que se o *accertamento* “é o produto de um *juízo de verossimilhança*, capaz de ser revisto no procedimento subsequente”, “não poderá [...] ser uma decisão nem possuir caráter jurisdicional” (1997, p. 36). Nunca seria, portanto, uma decisão de mérito, mas simplesmente interlocutória.

Outra tutela concedida pelo pretor, sob provocação, à parte interessada, era a *missio in possessionem*, que consistia na autorização de imissão na posse dos bens de outrem, com o fito de acautelar determinado direito. Igualmente caracterizada pela superficialidade cognitiva, desdobrava-se em várias modalidades, dentre as quais, destacam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 117), as seguintes:

a) “*missio in bona* contra o *iudicatus insolvente* ou o *indefesusu*”, concernente à totalidade do patrimônio. [...]; b) “*missio legatorum*” visando a garantir o cumprimento dos legados ou fideicomissos, obrigava aos herdeiros prestar a *cautio legatorum*; c) *missio ex causa damni infecti*, que tinha natureza coativa, contra o proprietário do prédio vizinho para constrangê-lo a prestar caução pelos prejuízos que fossem eventualmente constatados; d) *missio ventris nomine*, concedida com caráter provisional à mulher grávida, para proteção dos bens do nascituro; e) *missio furiosi nomine*, deferida ao *curator furiosi* para a proteção dos bens hereditários dos dementes.

Depreende-se, portanto, a preocupação, já no direito romano, com o desenvolvimento de meios complementares da tutela pretoriana, de natureza preventiva, preparatória ou coercitiva, visando a que a lide atingisse um fim útil às partes.

Impende mencionar, ainda, outros institutos, tais como a *stipulatio praetoria*, destinada à tutela de situações que, a princípio, não possuíam proteção jurídica. Em essência, visava evitar a ocorrência de danos irreparáveis, ou, ainda, garantir o cumprimento de ordem judicial.

A *restitutio in integrum*, por sua vez, consistia no mais radical meio complementar do processo formulário, porquanto afastava “os efeitos prejudiciais de atos ou de negócios jurídicos que se apresentavam estruturalmente válidos à luz do *ius civile*.” (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 119). Nas palavras de José Carlos Moreira Alves, “era o ato do magistrado pelo qual ele considerava não realizado negócio jurídico ou formalidade processual, a que o *ius civile* reconhecia efeitos jurídicos” por considerá-los “contrários à equidade” (2007, p. 251).

A concessão dessa tutela condicionava-se à observância dos seguintes requisitos: “a) dano resultante do ato jurídico celebrado; b) justa causa para corrigi-lo; e c) inexistência de outro meio normal de tutela.” (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 282).

Outrossim, salientam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 120), no *edictum perpetum* havia a previsão de uma cláusula geral que ampliava as hipóteses de concessão do *auxilium extraordinarium*, sempre que “parecesse haver alguma outra causa

justa [...], porquanto era verossímil que se apresentassem outros casos que poderiam propiciar a restituição, sem que tivesse sido possível intuí-los.”.

De toda sorte, é fato que tais medidas prestavam-se exatamente ao fim para o qual foram concebidas, no sentido de acautelar o direito das partes litigantes, de modo a garantir um fim útil ao processo.

Posteriormente, o processo extraordinário (*extraordinaria cognitio*), de acordo com alguns romanistas, já aplicado na época republicana no âmbito dos remédios complementares da tutela pretoriana (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 138), promoveu a unificação de instâncias, de modo que a decisão do magistrado passou a representar a “atuação da autoridade do Estado” e assumiu caráter vinculante.

As perceptíveis modificações decorrentes da transição do processo formulário para a *extraordinaria cognitio* refletiram-se, também, nos meios complementares, que passaram a ser ações, de modo a conferir, à antiga distinção entre *actio* e *interdictum*, mero valor histórico. A esse respeito, aduz José Carlos Moreira Alves que

No processo extraordinário, o interdito é uma ação – a *actio utilis ex causa interdicti* – que se concede nos casos em que, no processo formulário, se utilizaria um interdito, e que visa a condenar o réu a exhibir, restituir ou não fazer algo, sendo o processo mais rápido do que o normal. [...]. Por outro lado, a *restitutio in integrum* não se baseia mais no *imperium* do magistrado, mas na lei, de modo que, nas hipóteses nesta previstas, tem o juiz, se requerida sua concessão, o dever de concedê-la por sentença. (2007, p. 267).

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 48), “essa progressiva “oficialização” da administração da justiça por magistrados imperiais” culminou em uma total publicização do processo e, “ao lado da jurisdição ordinária [...] vai ganhando dimensão um novo sistema processual”, com enorme ingerência sobre a construção do processo civil moderno.

1.1.2 Direito português

O direito português desenvolveu-se sob forte influência do direito romano-canônico e do direito comum (*ius commune*). As primeiras *leis gerais* promulgadas no país, pelo rei Afonso II, foram as Ordenações Afonsinas, em 1211 (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 32), como um modo de fortalecimento da monarquia, de afirmação do poder real.

A despeito de compilações anteriores, não oficiais, e, para “evitar incerteza e insegurança decorrentes do grande número de leis que passaram a ser editadas” – o que gerava “graves transtornos aos jurisdicionados e à administração da justiça” –, Dom João I empenhou-se na unificação do direito em Portugal, concluída em 1446 (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 33). Comentam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, que se tratava de um “monumento legislativo [...] que honra a cultura jurídica portuguesa de quatrocentos e constitui o ponto de partida de toda a posterior evolução do direito português.” (p. 33).

As Ordenações Afonsinas eram divididas em 5 livros, sendo o terceiro de processo civil. Foram promulgadas em uma época marcada por um sensível avanço da legislação processual portuguesa, que passou a compreender, inclusive, procedimentos com o fito de conferir maior celeridade às demandas, “como nos casos de citação por força nova” (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 72), quando não se concedia ao réu prazo para contestar a lide, e o instituto da *restitutio in integrum*, originário do direito romano.

Sucederam as Ordenações Manuelinas, publicadas em 1521, cujo livro 3, igualmente, dedicava-se ao processo civil. Essa obra, impressa pela primeira vez em 1797, denota um esforço – sem êxito – do legislador em conferir maior técnica jurídica à matéria (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 94). Em paralelo, vigeu o Código Sebastião, uma compilação de vários textos legislativos que, com o escopo de tornar a marcha processual mais célere, concedeu aos juízes prerrogativas para findar os litígios.

As Ordenações Filipinas entraram em vigor em 1603, e sofreram severas críticas em virtude de sua falta de originalidade, porquanto reproduziram, substancialmente, legislações anteriores. A despeito disso, vigeram por longo período, inclusive no Brasil, e representaram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX. A exemplo das ordenações anteriores, eram divididas em cinco livros, sendo o terceiro dedicado à normatização do processo civil.

As semelhanças estruturais e materiais com as anteriores não retiram o mérito das Ordenações Filipinas, que contemplaram inovações, como a concepção de quatro espécies de procedimentos: ordinário, sumário, sumaríssimo e especial. Outrossim, a *restitutio in integrum* continuou prevista (desde as Ordenações Afonsinas, por influência do direito romano), como “um benefício extraordinário”, conferido aos menores de 25 anos, aos acometidos de enfermidades e aos presos (nos casos em que indevidamente citados) “quando a sentença contra [eles] proferida fosse considerada injusta” (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 136).

Com o advento do iluminismo, na segunda metade do século XVIII, eclodiu a necessidade por uma reforma na legislação e no ensino jurídico português, de modo a priorizar as normas como objeto de estudo do direito, em detrimento das posições doutrinárias e jurisprudenciais que por vezes acarretavam verdadeiros equívocos interpretativos. Assim, Marquês de Pombal realizou importantes reformas no ensino universitário de Portugal e, em 1769, foi editada a *Lei da Boa Razão*, que previa uma solução às eventuais lacunas da legislação nacional, a serem preenchidas pelas “fontes do direito romano que não a afrontassem”, pelo “direito das gentes aceito pelas nações civilizadas” e pelas “*leis das nações cristãs iluminadas e polidas*, quando a questão versasse sobre matéria política, econômica, mercantil ou marítima”. (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 145).

O processo civil português que precedeu as reformas a partir de 1926 sustentava uma concepção essencialmente “privatística” da relação processual de forma que incumbia tão somente às partes impulsionar os feitos, assumindo o magistrado um papel de protagonista a garantir um juízo de imparcialidade.

Sobreveio o Código de 1939, com a progressiva publicização do processo, o desprezo ao excesso de formalidades e a preocupação com a celeridade e a efetividade processuais. Como registrado no Diário do Governo de Portugal, I Série – Número 299, de 28 de dezembro de 1961, o Código de 1939 “marca um avanço extraordinário no campo das instituições processuais” (p. 2). Entretanto, o diploma foi alvo de críticas, algumas dotadas de certa pertinência, que apontaram equívocos do legislador.

Nesse sentido, iniciaram-se os estudos para a revisão do código, sempre orientados pela premissa de “simplificar e acelerar os termos das acções, a fim de garantir aos interessados, sem prejuízo do necessário acerto e ponderação das decisões judiciais, a justiça pronta e expedita” – como se depreende do Diário do Governo de Portugal nº 299, supramencionado.

As alterações culminaram na edição do Decreto-Lei nº 44.129, que aprovou o Código de Processo Civil de 1961. O diploma era composto por quatro livros, e o terceiro, intitulado “Do Processo”, tratava, no Capítulo IV do Título I, dos procedimentos cautelares.

A designação do instituto como “procedimentos cautelares” foi uma inovação do Código, em atenção às características estruturais e conceituais das espécies de providências abrangidas pelo gênero. Entretanto, consta a ressalva, publicada no Diário do Governo

português, de 28 de dezembro de 1961, quanto à antiga denominação, empregada pelo Diploma de 1939:

O procedimento criado pelo Código de 39 com o nome de “providências cautelares” subsiste ainda, mas com a designação de “providências cautelares não especificadas”, visto que providências cautelares são todas as que resultam dos restantes meios regulados no mesmo capítulo. Diz-se, entretanto, de forma bem explícita, que se trata de prevenir o chamado *periculum in mora*, nos casos não abrangidos pelos procedimentos cautelares clássicos ou nominados. (PORTUGAL, 1961, p. 3).

As providências cautelares no direito português podem traduzir-se em medidas provisórias ou conservatórias, e intentam garantir um fim útil à decisão judicial definitiva nas situações em que restar verificado o *periculum in mora*. A iminência de um dano que pode resultar da morosidade na apreciação definitiva da lide autoriza o magistrado a deferir determinadas providências, a fim de evitá-lo.

Interessante que o gênero ‘procedimentos cautelares’ compreende não só as medidas que visam assegurar os resultados práticos da ação, como também aquelas que antecipam a fruição de um direito. Em ambos os casos, as tutelas dependem de uma ação – em curso ou a ser ajuizada em momento posterior – que possua como fundamento “o direito acautelado”, sob pena de cessarem seus efeitos.

Outrossim, a lei processual civil portuguesa classificou os procedimentos cautelares em comuns (artigos 381 a 392, do CPC de 1961) e específicos, como a restituição provisória da posse (arts. 393 a 395); a suspensão das deliberações sociais (arts. 396 a 398); os alimentos provisórios (arts. 399 a 402); o arbitramento de reparação provisória (arts. 403 a 405); o arresto (arts. 406 a 411); o embargo de obra nova (arts. 412 a 420); o arrolamento (arts. 421 a 427); a apreensão de veículos automóveis; e a entrega judicial e cancelamento de registro no âmbito do contrato de locação financeira (revogados).

O código de 1961, instituído pelo Decreto-Lei 44.129, sofreu sucessivas modificações com o advento de diversas leis que alteraram seus dispositivos, inclusive em virtude do contexto político e econômico por que passou o país, desde o fim do período ditatorial até sua incorporação à União Europeia.

Pautado no intuito de prover uma prestação jurisdicional tempestiva, o novo Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho de 2013, entrou em vigor no dia 1º de setembro de 2013, com reformulações substanciais. O regime dos procedimentos cautelares e dos procedimentos autônomos urgentes ganhou especial relevo na

nova codificação, com a previsão de um instituto que afronta a clássica dependência do procedimento cautelar em relação à ação principal, admitindo que a decisão cautelar, em determinados casos, torne-se definitiva.

Essa inovação trazida pelo novo diploma, no artigo 369¹, acarreta uma “inversão do contencioso”, por atribuir ao réu o ônus de propor a ação principal, questionando o acerto da decisão que deferiu a medida pleiteada.

Isso significa que o juiz, ao decidir pela concessão da providência, e, desde que haja requerimento expresso nesse sentido, pode eximir o autor da obrigação de propor a ação principal, “se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio” (PORTUGAL, 2013, p. 50, art. 369). É claro que essa hipótese restringe-se aos casos em que o objeto da ação cautelar coincidir com o da ação principal (isto é, no caso das tutelas com caráter antecipatório).

Nesse caso, incumbe ao réu recorrer da decisão que deferiu a medida e da decisão que inverteu o contencioso. Se assim não proceder, e, portanto, *transitar em julgado* a decisão, será o réu notificado para, em 30 dias, ajuizar a ação principal, destinada a impugnar a existência do direito acautelado, “*sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio*”, conforme previsto no artigo 371², do Novo Código de Processo Civil português (sem grifos no original).

¹ Art. 369. *Inversão do contencioso.*

1 – *Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.*

2 – *A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.*

3 – *Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido.*

² Art. 371. *Propositura da ação principal pelo requerido.*

1 – *Sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ônus da prova, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.*

2 – *O efeito previsto na parte final do número anterior verifica-se igualmente quando, proposta a ação, o processo estiver parado mais de 30 dias por negligência do autor ou o réu for absolvido da instância e o autor não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior.*

3 – *A procedência, por decisão transitada em julgado, da ação proposta pelo requerido determina a caducidade da providência decretada.*

Admite-se, portanto, que haja uma consolidação da decisão pela inação do réu, mesmo que haja sido prolatada com base em cognição sumária. Esse novo instituto, inspirado nos sistemas italiano e francês, assemelha-se à estabilização da tutela, inserida no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. Por ensejar inúmeras reflexões, sob a ótica das teorias subjacentes à processualística civil e da própria operacionalidade racional, será analisado neste estudo em tópico especialmente destinado a tal fim.

1.1.3 Direito brasileiro

Como decorrência da colonização do Brasil por Portugal, o processo civil pátrio foi inaugurado com a importação da legislação lusitana. Essa aplicação das leis promulgadas pelos monarcas portugueses prosseguiu mesmo após a Independência, em 1822, por força de lei, aprovada pela Assembleia Constituinte e Legislativa, em 1823.

Paulatinamente, a partir dos subsídios fornecidos pelas legislações estrangeiras, o processo civil brasileiro observou inovações. Assim, em 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal do Império que compreendia, em um título à parte, a *Disposição provisória acerca da administração da justiça civil*, com o intuito de simplificar e flexibilizar o processo civil, priorizando uma “prestação jurisdicional mais racional e célere” em detrimento ao excesso de formalismos e institutos recursais (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 178).

Mais tarde, em 1850, promulgou-se o Regulamento 737, inicialmente para disciplinar processos em matéria comercial e, posteriormente, tornou-se aplicável também aos processos de natureza cível (a partir do Decreto nº 763, de 1890).

Em 1878, Antonio Joaquim Ribas elaborou a *Consolidação das leis do processo civil*, cuja primeira parte elencava aspectos concernentes à organização judiciária, relegando à segunda, propriamente, a regulação do processo (“processo em geral”, “processo das ações ordinárias”, “processo das ações especiais”, execução das sentenças e recursos). À época, detectavam-se fundamentos das tutelas de urgência inseridas nas denominadas “ações especiais”, como as possessórias.

José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, destacam que o autor Francisco de Paula Baptista foi um notável intérprete do Regulamento 737. O jurista,

[...] adiantando-se no tempo, afirmava que a ação há de ser definida como direito autônomo, distinto do direito subjetivo; dirige-se contra o Estado e não contra o réu; visa a obtenção de uma sentença de mérito; e é direito abstrato e não concreto. Independentemente do requerimento da parte, o juiz pode e deve mandar proceder às diligências tendentes a esclarecer sua consciência antes de proferir sentença. (BAPTISTA, 1910, *apud* TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 185).

Com o advento da Constituição de 1891, a primeira após a Proclamação da República, “foi instituída pelo Governo Provisório a Justiça Federal nos moldes do direito argentino e do direito dos Estados Unidos da América.” (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 187).

Em virtude de uma interpretação distorcida da estrutura federativa brasileira, atribuiu-se aos Estados-membros a prerrogativa de legislar em matéria processual no âmbito estadual, esvaziando, portanto, a competência do legislador federal (então limitado a dispor sobre o processo no âmbito da Justiça Federal).

Mas, analisando-se os comentários prolatados pelos estudiosos, à época, depreende-se a ocorrência de um equívoco interpretativo, porquanto a Constituição de 1891 conferia uma simples “faculdade” e não exclusividade aos Estados-membros, para legislar no âmbito processual.

A partir daí, editaram-se Códigos Estaduais, que, em muito, reproduziam o Regulamento 737, exprimindo a notória ingerência do “direito processual lusitano na estrutura dos diplomas estaduais”, nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (2009, p. 190).

A unificação do processo civil brasileiro viabilizou-se quando a Constituição Federal de 1934, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea *a*, atribuiu à União a competência exclusiva para legislar em matéria processual. Dessa sorte, eclodiu a demanda por um Código de Processo Civil, de abrangência nacional, passível de eliminar os diplomas estaduais.

Impossível, entretanto, desconsiderar-se o conturbado cenário político vivenciado pelo Brasil à época, assinalado, dentre outros episódios, pelo fechamento do Congresso Nacional. O contexto retardou o trâmite legislativo do projeto de codificação, de modo que o Código de Processo Civil só foi promulgado em 1939, pelo Decreto-Lei 1.608.

1.2 Sistema processual contemporâneo

Historicamente, admitir que a execução precedesse a cognição, à luz da doutrina processual civil, seria uma forma de reconhecer-se ao magistrado a prerrogativa de exercer sua função jurisdicional com fundamento em um juízo de *verossimilhança* (SILVA, 1997, p. 106).

Havia, então, uma resistência à subversão da ordem clássica, em que o processo de execução sucedia o processo de cognição, já que isso pressupunha, necessariamente, uma análise pautada em probabilidades. A concepção de processo atrelava-se à busca pela verdade contida na lei, de modo que a solução da lide, e, conseqüentemente, a perpetração de efeitos, dela decorrentes, às partes, viabilizava-se tão somente após ampla produção probatória, com o exaurimento da cognição.

A despeito dessa dificuldade doutrinária em superar-se a rigidez do Processo de Conhecimento, limitado, *a priori*, a declarar o direito e solucionar a lide, insta salientar que a efetivação do *princípio de paridade de armas* viabilizou-se a partir da introdução das eficácias executiva e mandamental nas demandas cognitivas. Nesse mister, brilhante a lição de Ovídio A. Baptista da Silva (1997, p. 188), ao esclarecer que a igualdade entre as partes na relação processual não pode ser entendida meramente no âmbito formal, garantindo-lhes “as mesmas oportunidades de ataque e defesa”, porquanto os interesses do autor e do réu são essencialmente antagônicos. Deve-se levar em conta que:

[...] durante o longo e fatigante percurso do procedimento ordinário, o *status quo ante* é mantido, em benefício do demandado, de tal sorte que o custo do processo – correspondente ao tempo necessário a que o Estado se convença de que o autor tem razão – é descarregado inteiramente sobre os ombros do demandante.

A aversão ao juízo de verossimilhança, por tanto tempo sustentada, justificava-se no utópico princípio de neutralidade do magistrado, de modo que não se poderia “conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei” (SILVA, 1997, p. 106). Mas essa impossibilidade de haver qualquer provimento antes da declaração que punha fim ao processo, por via transversa, poderia acarretar danos ao proponente da ação.

Com a maestria que lhe faz ímpar, José Carlos Barbosa Moreira (1980, p. 24-25) elucida a respeito da necessidade de concepção das tutelas de urgência no ordenamento jurídico processual:

Se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer *antes* de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos de atalhá-la incontinenti, caso já se esteja iniciando. Em vez da tutela *sancionatória*, a que alguns preferem chamar *repressiva*, e que pressupõe violação ocorrida, uma tutela preventiva, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos da iminência desta.

É justamente o perigo de ineficácia do provimento final um dos grandes fundamentos à concessão – e à própria concepção – das tutelas de urgência. Nas palavras do ilustre doutrinador, Ovídio A. Baptista da Silva, “a ética do procedimento ordinário é o sacrifício do direito verossímil, em prol da tutela do direito improvável” (SILVA, 1997, p. 189).

Assim, a celeridade na solução dos conflitos reduzidos ao processo guarda estreita relação com a efetivação do princípio da razoável duração processual. Entretanto, essa agilidade não pode implicar na supressão, ou, sequer, restrição aos princípios do contraditório e da ampla defesa, igualmente insculpidos na nossa Constituição Federal.

Em razão desse equilíbrio necessário, o desenrolar da marcha processualística demanda tempo, que nem sempre pode ser tolerado, dependendo do direito que pela via do processo se pretende tutelar. Daí o relevo conferido aos mecanismos e expedientes aptos a, se não exterminar o “perigo da demora”, ao menos amenizá-lo, “contornando as situações mais danosas e mais críticas configuráveis durante a espera do provimento jurisdicional definitivo” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 76).

A sistemática das tutelas de urgência no Processo Civil brasileiro foi alvo de sucessivas e significativas modificações, desde o Código de 1939, até o Código de 1973 e suas reformas.

1.2.1 Código de Processo Civil de 1939

O primeiro Código de Processo Civil brasileiro foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, a despeito de já ter sido uma imposição das Constituições de 1934 e 1937. A própria exposição de motivos do diploma legislativo, redigida por Francisco Campos, denota a necessidade, à época, de editar-se um Código de Processo Civil

em um país que possuía um “confuso” e “obsoleto” corpo de normas processuais, que não havia acompanhado o desenvolvimento dos outros ramos do direito.

O processo, como apontou o jurista Francisco Campos, havia sido reduzido a mero conjunto “de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito”. Não obstante, afigurava-se incapaz de cumprir o seu objetivo técnico, tornando-se uma “arma do litigante”, um “meio de protelação das situações ilegítimas”. Em suma:

O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces. (CAMPOS, 1939, p. 1).

Essa crise do direito judiciário não representava mero atraso de cunho técnico, mas, principalmente, era reflexo de transformações sociais e políticas por que passava o país. A concepção de justiça passou a representar um “bem geral”, acessível a todos, que se interessavam por sua adequada distribuição.

Nesse contexto, foi elaborado o Código de Processo Civil, composto por dez livros, que abordavam, sucessivamente, as disposições gerais (Livro I), o processo em geral (Livro II), o processo ordinário (Livro III), os processos especiais (Livro IV), os processos acessórios (Livro V), os processos de competência originária dos tribunais (Livro VI), os recursos (Livro VII), a execução (Livro VIII), o juízo arbitral (Livro IX) e as disposições finais e transitórias (Livro X).

A redação do Código erigiu-se sobre uma principiologia, refletida em vários dispositivos processuais. Assim comentam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo:

Sob o ponto de vista técnico, a legislação codificada, em linhas gerais, era informada pelos seguintes princípios: *a)* dispositivo; *b)* da iniciativa das partes; *c)* da concentração; *d)* da oralidade; *e)* da imediatidade; *f)* do livre convencimento do juiz; *g)* da publicidade; *h)* da relevância das formas processuais; *i)* da pretensão processual dirigida ao Estado; e *j)* da preclusão (Pontes de Miranda). (AZEVEDO; TUCCI, 2009, p. 191).

O sistema de tutelas de urgência no processo civil brasileiro foi inaugurado pelo Diploma de 1939, com base no Código de Processo Civil Português. Os fundamentos do que viria a ser, em 1973, o processo cautelar, estavam no Livro V do Código de 1939, dedicado

aos processos acessórios. À época, tratavam-se de medidas cautelares, preventivas ou preparatórias, que só poderiam ser concebidas sob a dependência de um processo, e não de forma autônoma. Tanto é que a legislação dispunha, expressamente, que a eficácia das medidas preparatórias condicionava-se à propositura da ação principal no prazo de 30 dias, ao passo que a eficácia das medidas preventivas duraria somente na pendência da ação, sem o condão de a ela sobreviver, após o trânsito em julgado – como se depreende dos artigos 677³ e 687⁴ e seus parágrafos.

O “poder geral de cautela” foi previsto no artigo 675⁵, concedendo aos magistrados a prerrogativa de editar as medidas, satisfativas ou acautelatórias, que julgassem adequadas à assecuração do direito subjacente à lide, quando verificado o *periculum in mora*. Os dispositivos subsequentes aludiam ao rol exemplificativo de medidas, e às especificidades procedimentais a serem observadas, conforme antecederem ou fossem requeridas no curso da ação principal.

Outrossim, dentre os processos especiais a que se dedicava o Livro IV, o código contemplava ações que traziam em seu bojo a lógica das tutelas de urgência, como é o caso das possessórias (nos arts. 371 a 383) e do mandado de segurança (nos arts. 319 a 331).

A despeito de haver a previsão das tutelas urgentes, com uma sistemática ainda incipiente, a decisão que versasse sobre o deferimento ou não de medidas preventivas só seria recorrível caso se tratasse de alguma das situações previstas no rol taxativo do artigo 842, que versava sobre as decisões passíveis de agravo de instrumento, além dos casos em que a lei expressamente o permitisse. Embora em tais hipóteses a parte pudesse interpor “agravo nos autos do processo” (a teor do artigo 851), só seria analisado caso aventado como preliminar

³ Art. 677. *Salvo as hipóteses dos ns. V, VI e VII, quando qualquer das medidas referidas no artigo anterior fôr ordenada como preparatória, a ação será proposta no prazo de trinta (30) dias, contados da efetivação da medida, sob pena de perder esta a eficácia e ficar o requerente obrigado a reparar os danos resultantes da execução.*

⁴ Art. 687. *As medidas preventivas só terão eficácia enquanto pendente a ação, podendo ser revogadas ou modificadas.*

§ 1º. *Salvo decisão judicial em contrário, a medida conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.*

§ 2º. *Se a sentença que resolver a lide transitar em julgado, cessará de pleno direito a eficácia da medida, embora não expressamente revogada.*

§ 3º. *Findando o processo por outro motivo, a medida perderá a eficácia a partir do momento da cessação.*

⁵ Art. 675. *Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:*

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atas capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

em posterior recurso de apelação – quando a discussão sobre o acerto da decisão já não poderia surtir efeitos úteis ao recorrente.

Então, na vigência do Código de 1939, as decisões que deliberavam a respeito das medidas liminares eram irrecorríveis, fora dos casos do artigo 842, “de modo que a parte que as suportava teria de aguardar a sentença final para atacá-las através de recurso” (SILVA, 1996, p. 141).

Insta salientar que, em regra, ao agravo de instrumento não era conferido o efeito suspensivo, a teor do previsto no artigo 843, de modo que se poderia promover, desde logo, a execução provisória. Dentre os casos excepcionados pela lei, figuravam algumas decisões que versassem sobre a concessão de tutelas de urgência. Oswaldo Pinto do Amaral (1941, p. 66), analisando o Código de 1939, comenta:

Casos de exceção estão expressos nos parágrafos 1º e 2º do art. 843: [...] *b*) quando se tratar de decisão que ordene a prisão; que conceda, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorize a entrega de dinheiro ou quaisquer bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

De toda sorte, é fato que o Diploma de 1939 contemplou uma previsão casuística quanto à recorribilidade de decisões mediante agravo de instrumento, mas tal restrição não pode ser interpretada como uma impossibilidade de se recorrer. Discorda-se, nesse mister, da opinião de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, ao aduzirem que, seguindo a tendência histórica com vistas a tornar o processo mais célere, a codificação “prestigiou a oralidade e suprimiu a recorribilidade das decisões interlocutórias”, rompendo com as “tradições do processo lusitano” (2009, p. 191).

Em apertada análise do Diploma Processual Civil de 1939, os autores exaltam a primeira parte do código, dedicada ao processo de declaração, e tecem críticas às outras três partes, nos seguintes termos:

Enquanto a primeira parte do Código de Processo Civil, atinente ao processo de declaração, mereceu elogios da doutrina, porque elaborada segundo a dogmática mais moderna da ciência do processo, com inspiração nos diplomas da Áustria, da Alemanha e de Portugal, e, ainda, na literatura italiana; as outras três partes, dedicadas, respectivamente, às ações especiais, aos recursos e ao processo de execução, receberam acentuadas críticas, uma vez que se mantiveram extremamente apegadas à tradição do velho sistema do direito reinol, com a introdução de diminutas e inexpressivas alterações. (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 192).

Não obstante, continuam os autores, o código absteve-se de regulamentar as ações especiais, em sua integralidade, muitas das quais permaneceram previstas em leis extravagantes – como a execução fiscal, por exemplo. (2009, p. 192).

De toda sorte, seus desacertos não podem retirar-lhe o mérito de ter sido a primeira codificação do processo civil brasileiro, que vigeu em um período de “construção dogmática do direito processual no Brasil”, nas palavras do ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 64).

1.2.2 Código de Processo Civil de 1973

Em 1961, durante o governo de Jânio Quadros, o professor Alfredo Buzaid foi convidado pelo Ministro da Justiça a elaborar um anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, submetido à análise do Poder Executivo em 1964.

A Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça para a revisão do projeto foi composta por Guilherme Estellita (posteriormente sucedido por José Frederico Marques), Luis Machado Guimarães e pelo próprio Alfredo Buzaid, aos quais se juntou Luis Antônio de Andrade, mais tarde.

Alfredo Buzaid, discípulo de Enrico Tullio Liebman e membro da Escola Paulista de Direito Processual, tornou-se Ministro da Justiça do governo de Emílio G. Médici e, em 1972, encaminhou o Projeto nº 810 ao Congresso Nacional. Cândido Rangel Dinamarco, que traduziu o *Manuale di diritto processuale civile, I – 4ª ed., 1980*, de Enrico Tullio Liebman, destaca a importância das lições deste autor ao direito brasileiro, que foram “a primeira fonte inspiradora do nosso legislador de 1973”.

O Código foi promulgado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1974, refletindo o apogeu do processualismo científico da Escola Italiana de Direito Processual (LAMY, 2004, p. 24). José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo apontam o diploma processual como o “o ponto culminante da evolução científica do direito processual civil no Brasil”, porquanto foi idealizado com base em codificações europeias de grande prestígio aos olhos de grandes especialistas. (2009, p. 193). Diversa é a opinião de Cândido Rangel Dinamarco, a quem o Código “não representou uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural” em relação ao Código de 1939, mas se

limitou a consagrar um “*modelo processual* equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais.” (2003, p. 24).

Ressalvadas as divergências quanto ao mérito da nova codificação, o fato é que a sistemática das tutelas de urgência recebeu disciplina diversa da que lhe havia sido conferida pelo Código de Processo Civil de 1939. O professor Alfredo Buzaid, autor do projeto de lei que instituiu o diploma, constatou que as tutelas, quando deferidas interinamente ao processo de conhecimento, careciam de autonomia, ficando reféns da oscilação jurisprudencial. Por tal razão, propôs a criação de um processo próprio às tutelas, a fim de que houvesse a proteção ao bem da vida durante a ação de conhecimento.

Então, estruturalmente, o Código é composto por cinco livros, que tratam, respectivamente, do processo de conhecimento, do processo de execução, do processo cautelar, dos procedimentos especiais e das disposições finais e transitórias.

Inclusive, na exposição de motivos do Código de 1973, Alfredo Buzaid fez questão de justificar a denominação conferida ao Livro III, qual seja, “Processo Cautelar”:

Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso Direito Processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes (17).

O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. (BUZAID, 1973, p. 12-13).

A atribuição desse caráter autônomo ao processo cautelar é, sem dúvida, uma das principais características do Código de 1973. As medidas acautelatórias deixam de ser dependentes, em um conceito de direito material (como o eram no Código de 1939, porquanto internas ao processo de conhecimento), para sobrepairar e sobreviver à sentença de mérito prolatada na ação principal. A ‘dependência’ mencionada no artigo 796, nesse sentido, deve ser entendida como a relação de transitividade, o elo entre a medida cautelar e o direito acautelado na ação principal, que lhe confere interesse de agir.

Como ensina Enrico Tullio Liebman (1980, p. 216):

À cognição e à execução, com que a jurisdição realiza todo o ciclo de suas principais funções, acrescenta-se uma terceira atividade, que tem um objetivo auxiliar e subsidiário e que é a atividade *cautelar*. Ela se destina a assegurar, a garantir o curso eficaz e o resultado útil das outras duas, concorrendo, assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição.

Brilhante, ainda, o ensinamento do ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira (1993, p. 369) sobre o processo cautelar, em contraponto aos processos de conhecimento e execução, que constituem, respectivamente, modalidades de tutela jurisdicional *mediata* e *imediata*, exercidas pelo Estado.

O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica concreta, têm um denominador comum: visam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar *em termo definitivos* a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional *imediata* ou *satisfativa*.

A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional *imediata*.

A ação cautelar, portanto, a despeito de sua autonomia, caracteriza-se pela referibilidade a um pedido principal, tenha ele sido proposto (em se tratando das cautelares incidentais) ou não (no caso das preparatórias).

O deferimento da tutela cautelar condiciona-se à observância de requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* – isto é, um juízo de probabilidade quanto à existência do direito a ser tutelado –, e o *periculum in mora* – um fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito objeto da lide. Destina-se, em suma, aos casos em que a iminência do perigo assume proporções tais que “o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.” (MOREIRA, 1993, p. 369).

As providências cautelares revestem-se, assim, de caráter *urgente*, sendo impossível analisar todos os aspectos que permitiriam ao magistrado prover a tutela satisfativa. De outra sorte, deve proceder a uma “averiguação superficial e provisória” e, eventualmente, deferir a medida pleiteada, desde que, como adverte José Carlos Barbosa Moreira, possa “formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação.” (1993, p. 369-370).

Logo, incumbe ao juiz analisar as condições e decidir pela concessão ou não da tutela cautelar “através de um provimento sem valor de declaração, mas apenas de verificação, no caso concreto, da ocorrência dos pressupostos de fato estabelecidos pela lei para o exercício de seu poder cautelar.” (LIEBMAN, 1980, p. 217). Isso porque o direito material a uma cautela não coincide com o direito material acautelado; ou seja, o direito a discutir não se confunde com o direito a que a discussão atinja um fim útil às partes, de forma tempestiva.

Uma vez concedida, a medida cautelar conserva a sua eficácia na pendência do processo principal, como se depreende do artigo 807⁶, do CPC, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada. Em se tratando de cautelar preparatória, deve a parte propor a ação principal em 30 dias (art. 806⁷, do CPC), sob pena de cessar a sua eficácia, nos termos do artigo 808⁸, inciso I, do Diploma Processual Civil. Excetua-se dessa regra – e isso é pacífico na doutrina e na jurisprudência – aquelas medidas que não são constritivas de direitos do requerido.

Em casos excepcionais, faculta-se ao magistrado deferir a medida cautelar sem a oitiva da parte contrária, conforme a previsão do artigo 797⁹, do CPC.

O Livro III, “Do Processo Cautelar”, é composto por um título único, qual seja, “Das Medidas Cautelares”, subdividido em dois capítulos: I- Das Disposições Gerais; II- Dos Procedimentos Cautelares Específicos. Entretanto, ambos os capítulos são destituídos de uma ordem lógica entre os dispositivos que os integram.

Mas o Código, a despeito de elencar ações cautelares típicas, no capítulo II, admitiu a concessão de provimentos cautelares inominados desde que presentes os requisitos

⁶ Art. 807. *As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.*
Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

⁷ Art. 806. *Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.*

⁸ Art. 808. *Cessa a eficácia da medida cautelar:*
I – se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;
II – se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;
III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.
Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

⁹ Art. 797. *Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.*

indispensáveis ao deferimento das tutelas, acima expostos. É o que se infere do artigo 798¹⁰, do Código de Processo Civil, que consagrou o denominado “Poder Geral de Cautela”, conferindo aos magistrados discricionariedade para deferir as medidas *provisórias* “que julgar adequadas” a fim de resguardar o direito pleiteado.

A expressão “medidas provisórias”, utilizada pelo artigo, merece algumas considerações. O professor Ovídio A. Baptista da Silva reputa mais adequado adjetivar-se as medidas de “temporárias”, por visualizar diferenças entre os conceitos de *temporariedade* e *provisoriedade*. Em suas lições, valendo-se de uma analogia de Lopes da Costa, explica que aquilo que é *provisório* tende a se tornar definitivo – a exemplo das tutelas antecipatórias, enquanto o que é *temporário* possui definitividade no sentido de que não sofrerá substituição – que é o caso das tutelas cautelares (SILVA, 2006, p. 88).

Assim, elenca como um dos pressupostos da tutela cautelar a *temporariedade*: primeiro, “porque deve durar enquanto dure a *situação de perigo* a que esteja exposto o interesse tutelado; e, segundo, porque a sentença que contém o provimento cautelar “jamais poderá adquirir a *indiscutibilidade* que torna permanente a coisa julgada material” (SILVA, 2006, p. 86-87).

Em alguns casos, priorizando a celeridade característica da tutela cautelar, é possível deferi-la *inaudita altera parte* (sem a oitiva da parte contrária), a exemplo dos artigos 797, 804 e 889, parágrafo único, do CPC. A própria lei busca “desembaraçar o procedimento de quaisquer formalidades supérfluas, capazes de retardar a efetivação da providência cabível” (MOREIRA, 1993, p. 370).

Traçado um panorama geral do Código, com ênfase nos principais aspectos das tutelas de urgência, urge sublinhar a intenção de Alfredo Buzaid, registrada na Exposição de Motivos, de promover uma reforma fundamental, passível de representar um progresso ao processo civil brasileiro. Com essa diretriz, recusou a ideia de revisar o Código de 1939, então vigente, tarefa que seria mais difícil que redigir um novo código:

A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. (BUZOID, 1973, p. 7).

¹⁰ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Arremata o seu raciocínio, antecipando o grande problema de insistir em reformas parciais, que seria verificado anos depois: “O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções” (BUZAID, 1973, p. 7-8).

Dá a maestria do insigne redator deste Código, ao primar pela construção de uma obra capaz de introduzir modificações substanciais, e, ao mesmo tempo, “simplificar” sua estrutura, “facilitar” seu manejo, “racionalizar” seu sistema, e “torná-lo um instrumento dútil para a administração da justiça”, harmonizando dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da conservação e o da inovação (BUZAID, 1973, p. 8-9).

Entretanto, em muitas passagens, o Código foi incompreendido pela doutrina e pela prática forense, instaurando-se uma onda reformista nos anos 1990.

1.2.3 Reformas de 1994 e de 2002

Os estudos para a reforma do Código de Processo Civil despontaram em 1992, por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros e da seção brasiliense do Instituto Brasileiro de Direito Processual, seguidos pela Escola Nacional da Magistratura, cujo diretor, à época Ministro, Sálvio de Figueiredo Teixeira, tornou-se presidente da comissão revisora nomeada pelo Ministério da Justiça.

A comissão foi composta por grandes nomes do processo civil brasileiro, como Ministro Athos Gusmão Carneiro e os professores Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carneira Alvim, Humberto Theodoro Júnior, Kazuo Watanabe e Sergio Sahione Fadel, sendo secretariada pela desembargadora Fátima Nancy Andrichi.

O eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em conferência proferida no *II Congresso Nacional de Direito Processual Civil* – em Porto Alegre, aos 17 de agosto de 1993 – comemorativa aos 20 anos do Código de Processo Civil, teceu uma análise crítica, enaltecendo o Diploma de 1973 em sua configuração estrutural, notoriamente alicerçado na ciência e na técnica. No entanto, apontou, como um grande defeito, “sua disciplina dissociada da realidade”, a dificultar sua aplicação na prática forense, reflexo do “hermetismo com que

foi elaborado, sem a participação dos diversos segmentos da comunidade jurídica nacional” (1994, p. 208).

Nessa senda, sucederam-se várias tentativas de aprimoramento da lei processual. À época, optou-se pela realização de reformas pontuais, razão pela qual se costuma denominá-las *minirreformas*. Ainda assim, insta salientar que foram responsáveis por significativas alterações no Código e na própria feição do processo civil brasileiro.

De acordo com o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1994, p. 208), presidente da comissão revisora, tais foram as diretrizes da reforma:

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário (v.g., arts. 272-273, 478-479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da Magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.

Em suma, as modificações perpetradas no Código de Processo Civil, pautaram-se, essencialmente, no propósito de “tornar mais ágil a marcha do feito, eliminando formalidades supérfluas e simplificando a prática de atos processuais” (MOREIRA, 1997, p. 67-68).

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou dispositivos do Código concernentes ao processo de conhecimento e ao processo cautelar, introduzindo, dentre outros, o instituto de antecipação da tutela. Não que consistisse, exatamente, em uma novidade no direito brasileiro porquanto já existia, de certa forma, em alguns procedimentos especiais, tais como as ações possessórias. Entretanto, a reforma “*ordinarizou* a antecipação dos efeitos da tutela” (CARMONA, 2007, p. 15), generalizando-a a todos os processos.

O artigo 273, do Código de Processo Civil, que originalmente previa a aplicação subsidiária das disposições relativas ao procedimento ordinário aos procedimentos especiais e sumaríssimo, passou a contemplar a hipótese de concessão dos efeitos da tutela pretendida, antecipadamente, desde que preenchidos determinados requisitos.

Enuncia o referido artigo que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial condiciona-se à existência de “prova inequívoca”, “verossimilhança da alegação”, além

de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

Assim, admitiu-se a possibilidade de, mediante cognição sumária, o magistrado deferir ao autor um provimento liminar, assegurando-lhe “o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 80). Não se trata de mera prerrogativa do juiz, mas, sim, de um “direito subjetivo processual” conferido legalmente à parte, desde que observados os requisitos mencionados no artigo – como comenta Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 81), convergindo com a opinião de Kazuo Watanabe (1996, p. 34).

Da mesma forma, no que concerne à extensão da tutela antecipada, o juiz encontra-se adstrito ao princípio da necessidade, que preconiza o afastamento da garantia normal do contraditório (diretamente relacionado ao princípio da segurança jurídica) “nos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 85).

A legislação, em resumo, cuidou de delimitar, o quanto possível, a discricionariedade do magistrado ao decidir quanto à concessão ou não da antecipação dos efeitos da tutela. Claro que a dificuldade de estabelecer parâmetros objetivos é inerente à impossibilidade de se determinar as diversas situações em que se encontram presentes os pressupostos para o deferimento da tutela requerida, por suas próprias imprecisões conceituais.

O fato é que a antecipação dos efeitos da tutela objetiva impedir que a morosidade da prestação jurisdicional acarrete a inutilidade do provimento pretendido, culminando em verdadeira “denegação da justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 81). Pertinente, nesse sentido, o esclarecimento de Cândido Rangel Dinamarco, quanto à norma insculpida no artigo 273, do Código de Processo Civil:

A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. (DINAMARCO, 2001, p. 141).

A inserção da tutela antecipada no direito processual civil brasileiro acarretou, de certo modo, uma mudança na concepção do processo de conhecimento, que assume uma função preponderantemente executiva, ante a possibilidade de o juiz, “além de accertamentos sobre a situação jurídica dos litigantes, exercitar, desde logo, também, atos práticos de satisfação de pretensões materiais deduzidas no processo.” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 100).

Um dos grandes paradigmas do processo civil, que preconizava a *nulla executio sine titulo*, restou superado. Na tradição romano-canônica, qualquer medida satisfativa só poderia decorrer da sentença definitiva, que encerrava o processo cognitivo, exaurindo a matéria *sub judice*. A partir da concepção de um processo *sincrético*, admitiu-se a coexistência de cognição e execução em um mesmo processo, de forma a oportunizar às partes a fruição de efeitos práticos decorrentes do provimento jurisdicional, ainda que não definitivo.

Por se tratar de uma medida excepcional, deve ser manuseada com prudência, o que pressupõe a explicitação das razões de seu deferimento, “de modo claro e preciso”, e a evidencição da reversibilidade do “provimento antecipado” – como impõem os parágrafos primeiro e segundo do artigo 273, do CPC.

A tutela antecipada pode ser concedida ou revogada em qualquer fase do processo – a teor do disposto no parágrafo quarto do artigo 273 –, inclusive na fase recursal, desde que demonstrados os requisitos imprescindíveis, “especialmente quando ocorrer mudança no estado de fato ou quando o aprofundamento do nível de cognição evidenciar situação diversa da que primitivamente se entendeu verificada” (LAMY, 2004, p. 49). O recurso cabível em face da decisão que versa sobre o pedido de antecipação da tutela é o agravo de instrumento, previsto no artigo 522, do Código de 1973.

Outro obstáculo à concessão da tutela antecipada é a irreversibilidade. A fim de averiguá-la, insta analisar se é mais irreversível o deferimento ou o não deferimento do provimento antecipado. Isso porque há casos em que o magistrado precisa escolher entre “*prover* ou *perecer* o direito que, no momento apresente-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança”. Nessas situações, ensina o ilustre professor Ovídio A. Baptista da Silva, “se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência –, esta última solução torna-se perfeitamente legítima” (1996, p. 142).

Quanto à eficácia da decisão que concede o provimento antecipatório, Ovídio A. Baptista da Silva comenta que “terá efeito declaratório, como juízo de verossimilhança – posto que o juiz haverá de “declarar” a existência de *fumus boni iuris* relativamente ao direito afirmado pelo autor –, a que se acrescentará efeito executivo ou mandamental.” (SILVA, 1997, p. 191). Adentra-se, portanto, ao plano da atividade executiva, antes da sentença de mérito, subvertendo a ordem originalmente concebida, em que a cognição precedia, necessariamente, a execução. Dessa sorte, a parte beneficia-se com a propagação dos efeitos, a despeito de inexistir um juízo definitivo quanto à matéria *sub judice*.

Alguns autores, entretanto, resistem à ideia de conceber-se a tutela antecipada em se tratando de ações meramente declaratórias e constitutivas. Equivocam-se no sentido de que, mesmo nessas ações, a repercussão da declaração ou da constituição da relação jurídica pode ter seus efeitos frustrados. Em outras palavras, o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional pode ocorrer “tanto quando condena alguém a uma prestação tornada inviável no curso do processo por ato do devedor, como quando declara ou constitui uma situação jurídica cujos efeitos práticos nenhum proveito acarretarão à parte vencedora”, face à “intencional alteração do quadro fático-jurídico sobre o qual teria de atuar a prefalada situação de direito material” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 87).

Nesse caso, complementa Humberto Theodoro Júnior,

A sentença de mérito [...] estará sob risco de frustrar-se não pela inviabilidade de ser objeto de futura e eficaz execução forçada, mas pela sua impotência, diante da situação de perigo de dano iminente, de propiciar ao demandante condições para exercer, com utilidade, o próprio direito subjetivo material em vias de declaração ou constituição. (2002, p. 87).

A tutela antecipada possui não só o condão de salvaguardar o processo principal, a exemplo da tutela cautelar, como também permite que a parte desfrute do seu direito material antes do exaurimento da cognição, possuindo, portanto, cunho satisfativo, e não meramente preventivo.

Outra inovação introduzida pela Lei nº 8.952/1994, concerne à alteração da redação do artigo 461, que passa a tratar da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, também contemplada no Código de Defesa do Consumidor em 1990. Ao conferir à parte o poder de exigir o cumprimento da obrigação – em detrimento da sua conversão em perdas e danos – o dispositivo evidencia a existência de provimentos mandamentais no nosso sistema processual.

Dessa forma, a despeito de certa resistência de parte da doutrina à concepção de ações executivas *lato sensu* e mandamentais, o fato é que a própria evolução da ciência processual encarregou-se de demonstrar a recepção, no direito brasileiro, da teoria quinária (e não ternária) da eficácia das ações.

Posteriormente, os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro elaboraram um *esboço de anteprojeto de lei*, que teve ampla divulgação na comunidade jurídica, propondo, em suma, uma *reforma da reforma* (DINAMARCO, 2003, p. 16). O

resultado foram três anteprojeto que, aprovados, com algumas emendas, converteram-se em leis.

Igualmente norteadas pela tônica de concretizar, no plano normativo, a efetividade e a instrumentalidade do processo civil (ALVIM, 2006, p. 3), a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, promoveu importante reforma na disciplina da antecipação de tutela, especificamente no artigo 273.

Consignou-se, com a inserção do § 3º no artigo 273, que a efetivação da tutela antecipada observará as normas pertinentes à execução provisória. Assim, ao caráter mandamental assumido pela decisão que antecipa os efeitos da tutela, somou-se a possibilidade de impor sanções, a fim de coagir o réu a cumprir o que lhe foi ordenado, coibindo eventuais resistências ilícitas. Há, nesse sentido, estreita relação entre a efetivação da tutela, a mandamentalidade que lhe é inerente e a coerção que incide sobre o devedor, em consonância com o disposto no art. 273, § 3º, do CPC.

Em suma, legislador colocou à disposição do juiz os instrumentos insculpidos nos artigos 461, parágrafos 4º e 5º, e 461-A, com vistas à efetivação da tutela antecipadamente concedida. Tal modificação reputa-se expressiva e encontra substrato exatamente no objetivo de buscar maior celeridade na realização do que o magistrado haja decidido. Trata-se de uma atividade que, no entender de Arruda Alvim (2002, p. 5), “se aproxima da discricionariedade”.

Outra inserção da Lei observa-se no parágrafo 6º, que contempla a possibilidade de conceder-se a tutela antecipada “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, dispensado, nesse caso, o requisito da urgência. Ao que parece, a hipótese prevista nesse parágrafo independe da verificação dos requisitos a que se refere o artigo 273, como observa Arruda Alvim. Se o pedido é incontroverso, abre-se ao juiz a possibilidade de antecipar, ao autor, os efeitos da tutela pretendida.

O § 7º talvez seja a modificação mais polêmica da Lei nº 10.444/02. Extraí-se, de sua redação, que “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”. Divagando acerca da previsão normativa, Arruda Alvim suscita três interpretações possíveis, reputando mais adequada aquela segundo a qual o preceito se coaduna com o disposto no art. 798, do CPC, que, privilegiando o poder geral de cautela, faculta ao juiz a determinação das “medidas

provisórias que julgar adequadas” nos casos de receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A questão concerne à aplicação do princípio da fungibilidade às tutelas de urgência, e suscita divergências entre os operadores do direito. Relegando-se a crítica ao capítulo segundo do presente estudo, impende ressaltar que o entendimento predominante na doutrina admite a fungibilidade apenas no caso em que a parte haja requerido tutela antecipada e o juiz entender cabível, na situação, a tutela cautelar. Seguindo o raciocínio, a aplicação deste princípio na via transversa, da tutela cautelar para a tutela antecipada, não seria possível, tendo em vista que os pressupostos para o deferimento desta são mais densos que para o daquela.

Outra alteração promovida com a Lei nº 10.444 de 2002 foi a inclusão do artigo 461-A, que concedeu às obrigações de entrega de coisa o mesmo tratamento conferido às ações de obrigação de fazer ou não fazer, complementando as modificações realizadas em 1994.

Um diagnóstico das reformas processuais perpetradas no direito brasileiro deve orientar-se pela metodologia empregada na sua elaboração. Optar por modificações pontuais, inevitavelmente, implicaria em tolher-lhes uma maior abrangência ou mesmo ingerência sobre a própria sistemática trazida pelo Código de 1973.

A reforma de 1994 foi taxada de ‘superficial’ por um de seus próprios idealizadores – o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira –, na medida em que destinada a solucionar os “pontos de estrangulamentos” do Código de 1973 “para tornar o nosso processo menos burocratizado, mais ágil e eficiente”. (1994, p. 210). A *reforma da reforma* foi criticada por Cândido Rangel Dinamarco pela sua *timidez* no enfrentamento de algumas questões que mereciam “soluções mais enérgicas, mais amplas e mais abrangentes.” (2003, p. 17).

Ainda que as reformas do Código de Processo Civil não tenham sido tão profundas e tão ousadas, deve-se ter em mente a lição de que “a efetividade da tutela jurisdicional, que tanto se persegue, não depende apenas de mudanças na legislação processual”, mas de um conjunto de fatores, dentre eles, a própria organização judiciária (TEIXEIRA, 1994, p. 213). A não compreensão desse preceito, somada à ânsia por solucionar falhas da lei, outro não poderia resultar, paradoxalmente, que na multiplicação das incongruências que acometiam o sistema processual civil brasileiro, obstaculizando a entrega de uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Diante dessa crise motivada pelo fracasso das reformas, julgou-se necessário reformular o processo, propondo-se um novo Código, com alguns matizes inspirados em

legislações estrangeiras. Brilha aos olhos a nobre intenção de redigir um novo ordenamento, sob a égide de um contexto democrático, amparado na Constituição de 1988; mas é imprescindível ter em mente as lições do passado, a fim de evitar frustrações.

1.3 Tutelas de urgência no direito comparado

1.3.1 *Common law*

A expressão *common law* é amplamente empregada para referir-se ao sistema de precedentes que, historicamente, caracterizam o direito anglo-saxão. Apesar de constituírem importante fonte do direito, insta destacar que, no âmbito processual, o Código de Processo Civil inglês de 1998 figura como a mais ampla fonte normativa. (ANDREWS, 2010, p. 41).

As *Civil Procedural Rules*, aduz Neil Andrews, citando Lord Woolf, foram elaboradas no intuito de:

(1) acelerar a justiça civil, (2) tornar o processo civil mais acessível ao cidadão comum, (3) simplificar a linguagem do processo civil, (4) promover uma solução rápida, (5) tornar os litígios mais eficientes e menos onerosos, evitando excessos e fazendo com que se recorra menos aos expedientes processuais. (2010, p. 45).

Na primeira parte do Código, está previsto o seu objetivo primordial (*the overriding objective*), de permitir que o Tribunal lide com os casos de forma justa e proporcional ao custo. Isso pressupõe que as partes estejam em iguais condições de disputa; que haja uma economia de despesas; que as causas sejam tratadas de maneira proporcional aos valores envolvidos, à importância da causa, à complexidade das questões, às condições financeiras de cada parte; que o caso seja tratado de forma rápida e justa; que haja uma distribuição equilibrada dos recursos nos tribunais; e que se respeitem as regras e instruções práticas. (INGLATERRA, *Ministry of Justice*, tradução livre).

Com o advento da legislação, os tribunais foram dotados de maiores poderes, exercendo forte ingerência sobre o desenvolvimento do processo, antes submetido inteiramente ao controle das partes. Assim, inaugurado o ‘ativismo judicial’, como aponta Andrews (2010, p. 48), “O papel do tribunal não se limita a orientar as atividades das partes na fase do *pre-trial* e a obter um espírito de cooperação processual”; passa, sim, a possuir a

prerrogativa de constranger as partes ao cumprimento das decisões judiciais, sob pena de infligir-lhes sanções.

Muitas são as peculiaridades do sistema da *common law*, a começar pela fase que precede a ação, com uma série de protocolos, na tentativa de solucionar o conflito antes de se adentrar à fase judicial. Caso reste inexitosa, inicia-se o processo, cujo curso procedimental assemelha-se ao modelo preconizado pelo sistema da *civil law*.

As medidas cautelares no direito inglês compreendem aquelas providências caracterizadas pela acessoriedade em relação a um processo principal. Diferem-se, assim, das medidas interinais ou provisórias, que antecipam, em certo grau, o mérito.

Dentre as medidas cautelares, há a *injunction* de indisponibilidade (*freezing injunction*), destinada a impedir a dissipação dos bens do executado antes da execução definitiva. A concessão dessas medidas ocorre sem a oitiva da parte contrária, o que significa que ao réu não é oportunizado um espaço para contrapor o que foi alegado pelo autor. Nessa senda, o juiz deve observar alguns requisitos, imprescindíveis ao deferimento das *injunctions*:

Em primeiro lugar, o autor deve apresentar uma “causa” razoável, fazendo menção ao pedido principal que estaria sendo garantido.[...] Em segundo lugar, o tribunal deve estar convencido de que a causa subjacente ao processo seja relevante, ou seja, deve haver um dever não cumprido ou uma dívida pendente. [...] Em terceiro lugar, deve haver também o risco real de que os bens do réu venham a ser removidos ou dissipados, se a *injunction* não for concedida. [...] Em quarto lugar, o tribunal deve estar de acordo com o fato de o autor não poder se dar por realmente satisfeito, a menos que lhe seja concedida a *injunction*. [...] Finalmente, a *injunction* deve ser resposta necessária e justa aos fatos [...] (ANDREWS, 2010, p. 85-86).

Observados tais pressupostos, pode-se conceder a medida, com a ressalva de que esta não antecipe parcelas da decisão final. A partir daí, o réu fica obrigado a cumprir a *injunction*, sob pena de configurar *contempt of court* (desacato ao Tribunal).

Outro expediente de natureza cautelar previsto no Código de Processo Civil é a “ordem civil de busca e apreensão”, de que se vale o autor para salvaguardar provas imprescindíveis, “antes que elas possam ser “convenientemente” perdidas ou destruídas”, como adverte Neil Andrews (2010, p. 95). Essas ordens, a exemplo das *freezing injunctions*, não versam sobre o litígio principal em si, mas exercem a função de uma medida de proteção e apoio para resguardar a “viabilidade monetária ou das provas, a fim de proporcionar que a solução final da ação principal (*main claim*) seja plenamente eficaz e exequível” (2010, p. 108).

O sistema da *common law* traz, dentre as medidas cautelares, uma que pode ser requerida pelo réu, a fim de obter uma “ordem para a garantia de custas” contra o autor (ANDREWS, 2010, p. 98). O autor Neil Andrews explica que:

A finalidade de tal ordem de prestação de garantia quanto às custas é proteger o réu contra o risco de que o autor possa não pagá-las, caso este autor venha a perder a ação, ou aquela termine em acordo, em que se determine que aquele tem de arcar com as custas do réu. (2010, p. 99)

Trata-se de uma ordem discricionária, que o magistrado pode determinar em circunstâncias que levem a crer que o autor não teria condições, ou provavelmente evadir-se-ia, a fim de não pagar as custas processuais.

Além das medidas cautelares, há as medidas interinais ou provisórias, que viabilizam ao autor a “satisfação temporária de um direito que pretende ver definitivamente satisfeito” (ANDREWS, 2010, p. 104). Interessante que essa prerrogativa de concessão de *injunctions* abarca, também, o poder para “proferir medidas interinais em que a medida pretendida é uma medida definitiva” (2010, p. 108).

Dentre elas, figura a “ordem de pagamento interinal”, aplicável nos casos em que o réu reconheça a dívida ou quando “o tribunal estiver convencido de que, quando o caso fosse a julgamento, o autor conseguiria a procedência de um pedido relativo a um valor monetário “substancial” contra o réu” (2010, p. 105). O deferimento deste pagamento implica no adiantamento, ao autor, de uma parcela razoável do montante inicialmente pleiteado.

Ao decidir a respeito da medida interinal, havia a controvérsia se o tribunal deveria analisar o mérito ou limitar-se, simplesmente, a avaliar os interesses conflitantes dos litigantes. Discorrendo sobre o assunto, o autor Neil Andrews conclui que:

[...] a Corte deve evitar considerar o mérito, enquanto decide sobre a concessão de uma *injunction*, apenas em casos específicos, em que a avaliação provisória dos fatos pode ser arriscada. Esse risco surge quando a apuração confiável dos fatos exige um exame minucioso de provas testemunhais orais, o que só ocorre realmente durante a audiência de instrução e julgamento (em audiência s preliminares, as provas testemunhais não são orais, mas, ao contrário, apresentadas por escrito, e não há interrogatório). Do contrário, os tribunais poderiam cortar o nó górdio e fazer uma avaliação interinal do mérito com base nos documentos (desde que o volume não fosse exagerado) e nas alegações dos advogados. (2010, p. 114).

Tanto é que a própria jurisprudência inglesa, ao longo dos anos, consolidou o entendimento de que se deveria proceder a um exame preliminar do mérito em alguns casos, como naqueles em que não há controvérsias sobre as questões de mérito ou nos que envolvem

questões de extrema urgência, em que a espera pelo julgamento definitivo fulminaria a questão central do litígio, como pondera Neil Andrews (2010, p. 111).

Em suma, analisando-se o sistema de tutelas sumárias na *common law*, pertinente a lição de Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 84), segundo o qual o poder geral de cautela “alcança um grau de criação do próprio direito para efetividade da tutela jurisdicional” e os empecilhos à atividade jurisdicional são radicalmente coibidos, via *Contempt of Court*.

Trata-se de um sistema bastante peculiar, mas em alguns pontos convergente com os ordenamentos dos países adeptos à *civil law*, inclusive no tratamento dispensado às medidas que visam acautelar ou mesmo satisfazer, previamente, direitos discutidos na via processual.

1.3.2 Sistema italiano

A escola italiana de direito processual, inaugurada por Giuseppe Chiovenda e seus discípulos – dentre eles, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman –, exerceu forte influência no direito brasileiro.

Defensores do processualismo científico, em que a relação jurídica de direito processual afigura-se distinta da relação jurídica de direito material, a escola italiana “primava pela ordinarização dos procedimentos” e encarava a tutela cautelar como um “terceiro gênero de tutela jurisdicional” (LAMY, 2004, p. 26), que integrava cognição e execução, a fim de garantir, ao processo, um fim útil. Assim, a tutela cautelar, enquanto processo autônomo, prestava-se a evitar o perigo do provimento infrutífero (*infruttuosità*) e o perigo do provimento tardio (*tardività*).

Importante salientar uma passagem de Galeno Lacerda, destacada por Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 67), que, tratando da evolução da doutrina italiana quanto à autonomização da *função* cautelar atribui a Giuseppe Chiovenda o mérito de consagrá-la uma ação autônoma, e, a Piero Calamandrei, “que viu no *procedimento* a tônica da autonomia”.

O código de processo civil italiano, em vigor a partir de 1942, é composto por quatro livros, a saber: I- *Disposizioni generali* (disposições gerais); II- *Del processo di cognizione* (processo de conhecimento); III- *Del processo di esecuzione* (processo de execução); IV- *Dei procedimenti speciali* (procedimentos especiais).

O livro quarto prevê, dentre os procedimentos sumários, os *procedimenti cautelari*, no capítulo III, que compreendem, além de medidas nominadas, os provimentos de urgência (seção IV).

O artigo 700¹¹ do c.p.c. trata das condições para a concessão dos provimentos de urgência. Dispõe que:

Fora dos casos regulados nas precedentes seções deste capítulo, quem tiver fundado motivo para temer que durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, este se veja ameaçado por um prejuízo iminente ou irreparável, poderá pedir com recurso perante o julgador os provimentos de urgência que, conforme as circunstâncias, parecerem mais idôneos para assegurar, provisoriamente, os efeitos da decisão sobre o mérito. (tradução livre).

No processo civil italiano também existem medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, ditas “*provisórias acautelatórias*” ou “*conservadoras*”. A medida provisória, na lição de Giuseppe Chiovenda (1998, p. 333), “corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico”, sem analisar, em um primeiro momento, a iminência deste dano – o que fica relegado a um momento posterior, quando da verificação definitiva. Ela atua “uma efetiva vontade de lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de outra suposta vontade de lei”, que, caso não subsista, fulminará, por consequência, a própria medida provisória, incumbindo ao autor reparar eventuais prejuízos decorrentes da concessão da medida.

Nesse viés, há a previsão de uma medida de *contracautela*, que pode ser ordenada a fim de “garantir a reparação dos danos àquele a quem se haja interrompido ou reduzido a fruição de um bem em virtude de uma medida provisória” (CHIOVENDA, 1998, p. 334).

Francesco Carnelutti, um dos grandes autores do processo civil italiano, ressalta que o processo cautelar, diferentemente do processo jurisdicional e do processo executivo, não implica em coisa julgada, nem em restituição forçada, eis que possui a finalidade de “curar um estado jurídico provisório, que dure até que se efetue o processo jurisdicional ou o processo executivo” e não declarar o direito *sub judice* ou “remediar a lesão de uma pretensão” (CARNELUTTI, 2000, p. 488).

¹¹ Na redação original, o artigo 700, do c.p.c., assim prevê: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*”

Incumbe ressaltar que até a edição da Lei nº 353, de 1990, entendia-se que os *provvedimenti d'urgenza* não possuíam cunho decisório e, portanto, não admitiam recurso – até então cabível somente com o advento da sentença de mérito (SILVA, 1996, p. 141).

A reforma de 1990, protagonizada pela Lei 353, no processo civil italiano, incidiu, substancialmente, na estrutura do processo, inserindo, entre outros, a previsão de “novas formas de tutela antecipatória *pendente judicio*” (TARZIA, 1995, p. 58). O autor Giuseppe Tarzia comenta, pontualmente, sobre as discussões que precederam a elaboração da Lei nº 353:

No curso dos trabalhos preparatórios da lei de 1990, discutiui-se amplamente sobre a oportunidade de limitar a tutela antecipatória, ou, ao contrário, de favorecer-lhe o desenvolvimento, até a fazer dela uma tutela geral alternativa àquela ordinária: como é substancialmente a tutela assegurada na França e na Bélgica pelo *référé* [...]. (1995, p. 59).

O legislador italiano optou por introduzir dois provimentos específicos em 1990, quais sejam, a “*ordinanza per il pagamento di somme non contestate*” e a “*ordinanza di ingiunzione*”. O primeiro, como a própria denominação sugere, consiste na possibilidade de o juiz, até o encerramento da instrução, ordenar o pagamento das somas não contestadas pelo réu. A *ordinanza di ingiunzione* refere-se a uma ordem emitida na pendência do processo, com base em prova escrita, a fim de que o réu pague a quantia, ou entregue a coisa a que se obrigou. Ambos os provimentos podem ser revogados a qualquer momento, “naturalmente com base em novas provas ou num diverso juízo sobre os seus pressupostos *in jure et in facto*” (TARZIA, 1995, p. 60).

Em resumo, as medidas possuem natureza provisória e instrumental ao acerto do direito quanto ao mérito na via definitiva. Mas cabe uma advertência, como se extrai da explanação do European Justice, um *site* da Rede Judiciária Europeia, que contempla a legislação de vários os países que a compõem em matéria civil e comercial:

Todavia, se isso é verdade em absoluto para as medidas conservativas, que precisam da válida instauração e pendência de um processo de mérito para permanecer em pé, o é com reserva para as medidas antecipatórias, as quais conservam a própria eficácia independentemente da existência de um processo, mesmo se não têm a mesma eficácia de apuração do juízo substancial.¹² (tradução livre).

¹² *Tuttavia, se questo è vero in assoluto per le misure conservative, che necessitano della valida instaurazione e pendenza di un processo di merito per rimanere in piedi, lo è con riserva per le misure anticipatorie, le quali conservano la propria efficacia indipendentemente dall'esistenza di un processo, anche se non hanno la medesima efficacia di accertamento del giudicato sostanziale.*

A partir do Decreto Legislativo nº 5/2003, convertido, *a posteriori*, na Lei nº 80/2005, previu-se a possibilidade de, em alguns casos específicos, o procedimento adotado na via provisória não ser seguido de um juízo de mérito. Assim, o instrumento cautelar acaba por construir nos fatos um instrumento de tutela que se torna estável se restar omissa a parte contrária.

Em outras palavras, inaugurou-se, no sistema processual italiano, a tutela sumária, “prestada mediante cognição sumária, em processo autônomo ou mesmo dentro dos procedimentos de cognição plena, suficiente, por si só, a resolver a crise de direito material” sem a necessidade de ser sucedido por um processo de cognição plena (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 4).

É o caso da *ordinanza di ingiunzione*, acima mencionada. Uma vez prolatada a decisão de deferimento da medida, caso o réu não se oponha, em um prazo determinado, “a “ordinanza” tornar-se-á definitivamente executiva e imutável”. Trata-se, nas palavras de Giuseppe Tarzia (1995, p. 60), de “uma forma abreviada do procedimento condenatório”.

Dessa forma, o provimento cautelar assume a prerrogativa de subsistir “com eficácia própria”, independente do ajuizamento do processo principal, conforme o artigo 669-*octies* do Código de Processo Civil italiano. Se nenhuma das partes instaurar o processo de cognição plena, “o provimento sumário é hábil a encerrar todo o processo, com a solução da crise do direito material, sem, entretanto, fazer coisa julgada” (THEODORO JÚNIOR. 2012, p. 5).

A inspiração para conceber-se esse instituto no direito italiano, como dito, adveio do procedimento do *référé*, originário do sistema francês, cuja análise crítica reputa-se indispensável no presente ensaio.

1.3.3 Sistema francês

O direito francês moderno conhece três modalidades de medidas provisórias, como aponta Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 78): *mesures d’attente*, *mesures provisoires que anticipent sur le jugement* e *mesures provisoires qui anticipent sur l’exécution*.

As primeiras medidas consistem na modalidade clássica da tutela cautelar, com o intuito de “resguardar a situação litigiosa do perigo de dano”, sem implicar em qualquer julgamento de mérito. Seguem-se as *mesures provisoires que anticipent sur le jugement* que,

como a própria denominação sugere, constituem a modalidade de tutela antecipada, porquanto “produzem resultados provisórios de satisfação imediata do direito do litigante”. E, por fim, figuram as *mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution*, que conferem ao juiz a faculdade de autorizar a execução provisória da sentença, antes do trânsito em julgado.

Além dessas, a *juridiction des référés* é um instituo que desperta bastante interesse, face às suas características peculiares na solução dos litígios judiciais. Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 5-6), citando o professor da Universidade de Paris Roger Perrot, comenta que essa ‘jurisdição presidencial’ de urgência emergiu em meio à crescente demanda do poder judiciário francês, acometido pela sobrecarga de processos contenciosos:

[...] é neste contexto que se redescobre, como fruto da prática forense mais do que como um produto doutrinário, a chamada *juridiction des référés*, como ‘jurisdição presidencial’ de urgência, perante a qual hoje tudo se decide, num primeiro estágio, sob forma ‘provisória’ e como inicialmente se afirmava, sem ‘prejuízo ao principal’, mas posteriormente avançando-se ainda mais e absorvendo uma porção considerável da jurisdição comum; (2006, p. 6).

Pouco a pouco, legitimou-se o deferimento de medidas *satisfativas*, através do procedimento sumário, que “não só interferem no mérito da demanda principal, *realizando concretamente o direito litigioso*, como, em certos casos, na verdade o superam, por serem providências judiciais irreversíveis em seus efeitos”, de sorte a tornar “supérflua” e “inútil” a superveniente sentença de mérito. (SILVA, 2006, p. 6).

O *référé* francês consiste em uma medida de antecipação da tutela que, a despeito de basear-se em cognição sumária, prescinde de um processo principal que lhe confirme, e pode produzir efeitos por tempo indeterminado. Entretanto, a decisão que o concede não possui o condão de tornar-se imutável, porquanto destituída da autoridade da coisa julgada, a teor do que dispõe o artigo 488, do *Nouveau Code de Procédure Civile*.

Inicialmente concebido para ser aplicado às hipóteses em que presente o requisito da urgência, o instituto sofreu ampliação de sua abrangência, passando a ser aplicado também naquelas situações em que “não há contestação séria ao direito do autor” – destinando-se a tutelar tanto situações de urgência quanto de evidência do direito declinado (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 6).

Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 7), debruçando-se sobre o *référé*, aponta que com a evolução do instituto, pode-se dizer que há três grandes espécies: a) o “*référé* tradicional”, fundado na urgência (art. 808 do CPC francês); b) o “*référé* em cujo âmbito a urgência é

presumida” (art. 809, do *Code*); c) o “*référé provision*” e o “*référé injonction*” destinados a tutelar as situações de evidência, em que a urgência é dispensada (art. 809, segunda parte).

Com a prolação da decisão que concede (ou não) a medida pleiteada, cabe às partes decidirem quanto ao ajuizamento da demanda principal. Caso permaneçam inertes, a tutela produz efeitos desde logo, prestando-se a solucionar a lide, sem se tornar definitiva.

A medida afigura-se bastante interessante por proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, no sentido de surtir efeitos às partes, a despeito de não formar coisa julgada. O essencial é que a ideia do instituto, com suas limitações, já foi inculcada, há anos, na cultura jurídica francesa; e justamente por isso, o *référé* faz jus ao seu objetivo, com ampla aplicabilidade no país.

O contexto em que o instituto jurídico se desenvolve, e o próprio amadurecimento da ciência processual, são fundamentais. Por isso deve-se ter cautela na importação de construções estrangeiras que, uma vez inseridas em outra ordem jurídica, podem não surtir os efeitos esperados.

2 CRÍTICA AO SISTEMA ATUAL

2.1 Tutelas de urgência e a necessidade de uma melhor sistematização

As tutelas de urgência no direito brasileiro, analisadas sob uma ótica histórica, constituem um assunto permeado por muitas incongruências, frutos de incompreensões conceituais que se perpetuaram no tempo.

Desde a concepção da primeira codificação processual civil, em 1939, ante a inexistência de previsão genérica acerca da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, desvirtuou-se o instituto das medidas cautelares, admitindo-se que, eventualmente, tivessem cunho satisfativo – o que é uma contradição em termos.

Com a inserção do poder geral de cautela no Código de 1973, predominou o entendimento de que sua aplicação cingir-se-ia ao poder conferido ao juiz para preservar “os elementos necessários à atuação útil e eficaz da futura prestação jurisdicional de mérito” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 76), inadmitindo-se que pudesse culminar em eventual satisfação direta de direitos subjetivos. Inclusive, nesse sentido orientava-se, à época, o Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, à falta de outro instituto, paulatinamente, ampliaram-se as hipóteses de incidência do poder geral de cautela aos casos que implicavam na satisfação de direitos. Então, começou-se a utilizar largamente a ação cautelar inominada como meio para a obtenção de provimentos antecipados, falando-se em “ação cautelar satisfativa”.

Havia quem defendesse, inclusive, a desnecessidade de manutenção, no sistema processual brasileiro, do instituto da antecipação da tutela, após o alargamento do poder geral de cautela, que poderia, tranquilamente, a exemplo do processo civil italiano e francês, abranger também situações de cunho satisfativo.

Por outro lado, pairavam dúvidas quanto aos pressupostos necessários à tutela antecipada, de modo a relegar o juízo sobre sua concessão a critérios pessoais e essencialmente subjetivos dos magistrados. A consequência de tamanha incompreensão, como salienta Kazuo Watanabe (1996, p. 31), foram “soluções injustas”, bem como “insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito”.

Mesmo após a reforma de 1994, que, dentre outros, generalizou o instituto da antecipação dos efeitos da tutela no processo civil brasileiro, subsistiram dúvidas quanto à aplicação das tutelas de urgência, a exemplo das próprias circunstâncias em que uma e outra pode ser deferida, conforme preconiza o Código de Processo Civil.

Depreende-se que os requisitos para a concessão da referida antecipação foram previstos na lei em expressões de “contornos semânticos flexíveis”, como denuncia José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 88). Isso porque constituem, em verdade, “conceitos jurídicos indeterminados”, passíveis de concretização pelo órgão judicial, no exercício de suas atribuições.

O próprio *caput* do artigo 273, do CPC, elucida os entraves à adequada apropriação conceitual ao elencar, dentre os pressupostos essenciais ao deferimento da antecipação de tutela, a existência de “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz quanto à “verossimilhança da alegação”. A conjugação dessas duas condições representou verdadeiro desafio à doutrina e à jurisprudência. Nesse mister, interessante o comentário de José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 79), sobre a interpretação dos conceitos:

Há quem pretenda, por exemplo, que só será bastante para justificar a antecipação a prova que o seria para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor – o que equivale a apagar, na substância, a diferença entre a providência antecipatória e a sentença de procedência do pedido.

Por outro lado, a solução também não seria entender o requisito da “verossimilhança” como sinônimo de “probabilidade”, pois, dessa sorte, subsistiria uma redundância, no sentido de definir prova inequívoca como aquela capaz de gerar um juízo de probabilidade, passível de convencer o magistrado. Assim, à compreensão dos termos utilizados pela lei, José Carlos Barbosa Moreira sugere que a perquirição do julgador se desdobre em duas etapas: na primeira, deve-se avaliar se a prova é “inequívoca”, no sentido de comportar um único entendimento; na segunda, insta analisar se a prova tem “suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente” (2004, p. 81).

De toda sorte, note-se que a apreensão do sentido da norma não se afigura uma tarefa fácil, e, certamente, cada operador do direito, no caso concreto, pode se valer do entendimento mais conveniente a fim de que a situação se subsuma à hipótese prevista na lei.

Não obstante, no Código de 1973, que conferiu autonomia ao processo cautelar, isolando-o no Livro III, os denominados “Procedimentos Cautelares Específicos” (inseridos

no capítulo II), não são essencialmente cautelares, mas, muitas vezes, antecipatórios dos efeitos da tutela pretendida.

Impende, então, salientar a distinção entre as espécies do gênero tutelas de urgência, explicitada, cuidadosamente, por José Carlos Barbosa Moreira:

Afastando de caso pensado preocupações puramente terminológicas, lembraremos que se impõe distinguir [...] entre duas entidades, dois tipos de remédios que às vezes se vêem confundidos. Um deles tende a assegurar de modo imediato a eficácia do próprio processo, e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso; assim, não postula a cabal demonstração da existência deste, e por outro lado é utilizável ainda quando ele já tenha sido lesado, objetivando aí evitar, não, é óbvio, o dano decorrente da lesão, mas um segundo dano, consistente na supressão ou na redução dos meios de que se dispõe para tentar compor o primeiro. O outro tipo visa a proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providência judicial descansará no prévio acerto do direito (*lato sensu*) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico em que o é todo o processo, mas apresentando em qualquer caso caráter *definitivo* – ou, se quisermos usar linguagem tipicamente carneluttiana, “*satisfativo*”.

Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, a despeito de reconhecer grande simetria entre os pressupostos das medidas cautelares e das medidas antecipatórias, porquanto se prestam, de alguma forma, à asseguarção da eficácia da prestação jurisdicional, assim consigna:

Enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o direito material da parte, contentando-se em preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do pedido. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 89).

É que, em suma, “Enquanto a técnica assecuratória busca assegurar e acaba por também satisfazer, a técnica antecipatória satisfaz para proteger, terminando por também assegurar” (LAMY, 2004, p. 53). Se as tutelas possuem em comum a finalidade de resguardar um direito discutido em juízo, o fazem por diferentes meios, cujas peculiaridades não podem ser desconsideradas.

Enxergando essa distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, Alfredo Buzaid julgou necessário separá-las topologicamente tanto no Código de Processo Civil quanto na própria via procedimental. A técnica antecipatória consiste, como o próprio termo sugere, em uma concessão antecipada de alguns efeitos da tutela definitiva que se pretende obter pela via processual. Pode subsistir durante todo o processo – ou ser revogada por

decisão fundamentada – mas, invariavelmente, é fulminada pelo advento da sentença de mérito, que lhe pode confirmar ou revogar.

Externa ao processo de conhecimento é a tutela cautelar, à qual o Código de 1973 conferiu um livro próprio. Possui, também, uma relação de dependência com um processo principal, a ser entendida como uma necessária referibilidade: a medida cautelar só tem sentido se destinada a resguardar um interesse subjacente a outra demanda. Assim, possui o condão de subsistir ao processo principal, mesmo após a prolação da sentença de mérito, resguardando a situação de direito material. O que afasta as sentenças cautelares do processo de conhecimento, portanto, não é a “sua eficácia preponderante”, mas “seu proclamado caráter *instrumental*, o que significa, em última análise, não ser *final* o seu resultado, enquanto declaração definitiva e incontrovertível”. (SILVA, 1997, p. 185).

Ovídio A. Baptista da Silva, desenvolvendo a ideia de Celso Neves, diz que tal provisoriedade implica na inexistência de verdadeiras declarações nos provimentos cautelares, eis que são consideradas como tais somente aquelas que solucionam a lide. Então, “para o *paradigma* que sustenta o Processo de Conhecimento, declarar provisoriamente, com base em prova de verossimilhança, é o mesmo que nada declarar e nada decidir, já que, para a doutrina, decidir é apenas julgar definitivamente”. (SILVA, 1997, p. 185)

Nesse sentido, imprescindível compreender o que o autor denomina de “provisório”:

Provisório define-se como alguma coisa que serve instrumentalmente apenas ao processo – a um processo determinado –, sem que possa alterar ou sequer interferir no direito material. Esta é afinal a razão pela qual a doutrina não admite um *direito substancial de cautela*. Como a tutela cautelar é provisória, segundo a doutrina, ela não interfere com o direito material a que presta proteção. (SILVA, 1997, p. 187).

O entendimento acima explanado, entretanto, não é pacífico no âmbito doutrinário, em que majoritariamente se defende que o direito material acautelado não se confunde o direito material a uma cautela. Essa orientação afigura-se mais adequada, porquanto, a despeito do caráter instrumental da tutela cautelar, deve-se reconhecer o direito de a parte obter um provimento que, longe de interferir no mérito da ação principal, assegure-lhe que o processo atinja um fim útil.

Acerca do caráter “provisório” atribuído pelo ilustre doutrinador Ovídio A. Baptista da Silva à tutela cautelar, incumbe ressaltar que o adjetivo foi empregado de maneira genérica, a fim de referir-se à fluidez do provimento cautelar. Entretanto, o autor, acompanhado pela

melhor doutrina, faz uma diferenciação entre provisoriedade e temporariedade. Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy consigna, sobre o adjetivo mais apropriado a cada uma das tutelas:

Por ser acessório e servir de garantia, o provimento urgente, oriundo de técnica eminentemente cautelar é, via de regra, temporário em relação ao processo principal. Ele será provisório quando puder ser confirmado ao final da demanda, como ocorre com as técnicas que antecipam os efeitos do pronunciamento jurisdicional final de mérito. Da mesma forma, a liminar em sede de técnica cautelar também é temporária, sendo provisória em relação à própria demanda cautelar, assim como a antecipação de tutela é provisória em relação ao processo principal (2004, p. 45).

As tutelas cautelares, essencialmente acessórias, não se prestam a resolver, de modo definitivo, a situação jurídica das partes, inclusive porque sequer adentram ao mérito da demanda principal. Ademais, não se baseiam em cognição exauriente, mas restringem-se à verificação da probabilidade de existência de um direito, resguardando-o de situações que ponham em risco um adequado provimento jurisdicional.

Em consonância, José Carlos Barbosa Moreira, em *Le misure cautelari nel processo latino-americano* (1997, p. 175-176), assenta, sobre as medidas cautelares:

Segundo o ensinamento tradicional que o legislador latino-americano parece acolher, nenhuma dessas representa um fim a si mesmo, nem pode ter a força de regular em modo definitivo a situação jurídica das partes, até porque a respectiva emanção não se baseia sobre a averiguação exauriente dos fatos, mas sobre um puro e simples juízo superficial de probabilidade da existência de um direito que, com razão, teme que não resista às vicissitudes intercorrentes entre a propositura da demanda e a atuação concreta do provimento definitivo. (tradução livre).

Pode-se apontar, ainda, distinção no que tange aos requisitos para a concessão de uma e de outra tutela. Enquanto a medida cautelar pressupõe a existência de *fumus boni iuris*, a tutela antecipada exige, obrigatoriamente, prova inequívoca do direito da parte. E aqui está uma evidente contradição do regime de tutelas de urgência do Código de 1973.

Qualificar uma prova como “inequívoca” significa, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, reputá-la “capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo.” (2002, p. 90). Mas, adverte o autor, isso não ensejaria um julgamento antecipado da lide face à necessidade de percorrer-se o curso do processo, exaurindo-se a fase instrutória, finda a qual o convencimento do juiz poderia resultar alterado. Eis o cuidado do legislador ao prever que a medida deve ser reversível, sob pena de não se poder desfrutar de seus efeitos antecipadamente.

Em adendo, mister salientar que “a antecipação de tutela não se supre com julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330 do CPC”, tendo em vista que, eventualmente, poderá sobrevir recurso, com efeito suspensivo, que retardará, ao autor, a fruição de seu direito material. O interesse consiste, portanto, na efetiva satisfação do direito da parte. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 90).

Exige-se, outrossim, *verossimilhança da alegação*, entendida como um juízo de convencimento decorrente da situação fática narrada pela parte requerente da tutela antecipada, especialmente quanto ao “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (artigo 273, incisos I e II, do CPC). O verossímil transcende a mera análise de probabilidade.

A dificuldade de compreensão dos fundamentos de cada uma das tutelas de urgência fica ainda mais evidente quando se trata das situações limítrofes, em que o cabimento de uma ou outra espécie não se afigura tão nítido. Isso porque em muitos casos os níveis de satisfatividade e referibilidade em muito se aproximam, dificultando sobremaneira sua classificação como tutela antecipatória ou tutela cautelar.

Nesses casos, defende Humberto Theodoro Júnior, deve-se adotar “maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentabilidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional” (2002, p. 92).

O autor se opõe a rigores conceituais que, historicamente, destoam dos “objetivos que a ampliação da tutela preventiva visou alcançar, dentro da perspectiva de uma prestação jurisdicional que se afastasse do plano meramente formal”, alcançando o da “realidade material” e o da “efetividade da justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 93).

Ao aplicador da lei processual incumbe, então, esforçar-se para fugir de tecnicismos estéreis na separação dos terrenos da tutela cautelar genérica e da antecipação de tutela, que, se podem satisfazer vaidades acadêmicas, em nada contribuem para a implementação das metas instrumentais do moderno direito processual, cada vez menos voltado para o dogmatismo e cada vez mais preocupado com os resultados práticos capazes de criar nesse limiar de um novo século um processo que mereça, realmente, o epíteto do devido processo legal, ou mais precisamente, de um processo justo. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 95).

É cediço que o processo civil há muito privilegia a efetividade da prestação jurisdicional, em detrimento do excesso de formalismo verificável em outros tempos. Não se afigura razoável atrelar a concessão de determinado provimento à estrita observância de fórmulas estanques em casos passíveis de flexibilização.

Aliás, o autor continua seu raciocínio, conferindo relevo às influências estrangeiras no nosso direito processual civil:

No direito europeu, onde se forjaram os antecedentes históricos e culturais da norma introduzida no novo art. 273 do CPC brasileiro, tudo se fez, em matéria de tutela antecipatória, dentro do próprio conceito de poder geral de cautela, sem que a tradição da ciência processual se sentisse compelida a entrever uma repugnância entre a noção de prevenção cautelar e a de antecipação provisória emergencial, quando ambas fossem geradas pela conjuntura comum do *periculum in mora*.

Humberto Theodoro Júnior posiciona-se, então, pela possibilidade de, uma vez requerida a tutela antecipada, deferir-se tutela cautelar, inclusive pelo fato de aquela possuir requisitos mais rígidos para a sua concessão do que esta. Entretanto, consigna que o inverso seria inadmissível sem se considerar as exigências específicas da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Coincidente é a orientação de Arruda Alvim (2006, p. 7), que salienta ser a fungibilidade admissível da tutela antecipada para a cautelar, face à maior robustez dos requisitos para a concessão de tutela antecipada, em relação àqueles da cautelar – “há maior intensidade na exigência em relação à aparência do direito, i. e., verossimilhança é requisito mais *denso* do que *fumus boni iuris*”. Quanto à hipótese inversa, consigna que resultaria, de certa forma, em um julgamento *extra petita* por parte do magistrado – e essa é a razão de sua inviabilidade.

De outra sorte, Cândido Rangel Dinamarco orienta-se pela existência de um “*duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes*” (2003, p. 94), admitindo, portanto, a possibilidade de conceder-se antecipação da tutela quando o pedido for concernente à tutela cautelar, desde que o magistrado assim entenda. Aliás, justifica a sua tese alegando que:

[...] mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautela ou de antecipação *etc*). (2003, p. 94).

Carlos Alberto Carmona, por sua vez, comenta que a inserção do § 7º no artigo 273, a partir da Lei nº 10.444/2002, prestou-se a positivar o “óbvio”, ou seja, que “as tutelas de urgência (antecipação de tutela e cautelar) são fungíveis” (2007, p. 15-16). Outrossim, tece críticas a boa parte da doutrina que se empenhou em estabelecer “refinadas sutilezas

jurídicas” a fim de diferenciar as tutelas de urgência, “com efeitos deletérios na aplicação da lei na decantada busca de um processo de resultados” (2007, p. 40).

Para o autor, foi um “tempo perdido”, eis que há determinadas situações, como no caso de sustação de protesto, difíceis de serem enquadradas num e noutro conceito, porquanto a medida, simultaneamente, “tornará útil o resultado da demanda em que o autor pretenderá ver declarada a nulidade (ou pretenderá ver desconstituído) do título malformado;” e “tutelará o direito daquele que, vendo sacado (ou exigido) um título de crédito inválido, quer proteger seu direito de crédito” (2007, p. 40).

O professor Eduardo de Avelar Lamy coaduna com esse posicionamento, ressaltando que a inclusão do parágrafo permitiu a visualização do “sistema uno da tutela de urgência”, de sorte que não há “mais de uma tutela urgente”, senão “técnicas diferenciadas em razão da característica comum de provimento jurisdicional cognitivo e executivo que possuem tais provimentos” (2004, p. 43). Daí que alguns autores cogitaram a extinção do processo cautelar, de forma autônoma, que seria absorvido pelo processo principal, tal qual a nova configuração das tutelas de urgência proposta no Projeto de Lei nº 8.046/2010, objeto de análise do terceiro capítulo deste estudo.

A despeito dessa orientação adotada por parcela da doutrina e, reconhecendo-se o princípio da economia processual como importante viés a garantir a efetividade do processo, entende-se que a instrumentalidade das formas não pode representar um meio de burlar institutos jurídicos diversos entre si. Não se trata de privilegiar um rigor tecnicista, senão de preservar o cerne de cada modalidade de tutela, muitas vezes desconsiderado em prol da fungibilidade.

A questão é que, instaurada e difundida tamanha incompreensão, a ponto de não se conseguir enxergar os exatos limites de cada uma das tutelas, tentou-se remediar através da inclusão do § 7º, no artigo 273. Então, ao invés de buscarem medidas profiláticas, em uma tentativa de fulminar os maus entendidos, contentaram-se com medidas paliativas que, a *contrario sensu*, contribuíram ao agravamento da situação.

Nessa análise, é fundamental denunciar que os autores que enxergam a fungibilidade como uma via de mão dupla justificam sua orientação exemplificando situações limítrofes, em que o acertamento da ação equivale, na exata medida, ao provimento efetivo, e, portanto, não há predominância de cautelaridade ou satisfatividade a demonstrar a diferenciação entre medida cautelar e tutela antecipada – que surtiriam os mesmos efeitos para as partes. Mas a

exceção não pode ser tratada como regra; inclusive porque admitir que a fungibilidade seja aplicada em sentido amplo – no seu *duplo sentido vetorial* – implica em ignorar, completamente, a gênese dos institutos, essencialmente distintos entre si.

Essa dificuldade de apreensão das intenções do legislador refletiu-se, como era de se esperar, na jurisprudência. Um caso clássico, das ações ajuizadas a fim de excluir inscrições indevidas nos cadastros de proteção ao crédito elucida bem a situação: ora entendia-se cabível a propositura de ação cautelar, ora reputava-se mais adequada a antecipação de tutela.

Em meio à vasta jurisprudência, em grande parte dos julgados admitia-se cabível a antecipação da tutela a fim de impedir e retirar a inscrição em cadastros de proteção ao crédito. Nesse sentido, corroboram os seguintes precedentes: REsp nº 151.380/RS, de relatoria do Ministro Barros Monteiro, DJ de 04/06/2001; REsp. nº 351.941/SP, do Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 25/03/2002; REsp. nº 418.619/SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02/09/2002.

No Recurso Especial nº 435134/SP, julgado em 08/11/2002 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Excelentíssimo Ministro Castro Filho, reputou-se adequada a concessão de tutela antecipada no propósito de impedir a inclusão do nome do autor no cadastro de inadimplentes, com base na orientação adotada por outros precedentes, em casos semelhantes¹³.

A mesma turma, na apreciação da Medida Cautelar nº 4540/SP¹⁴ – proposta no intuito de conferir efeito ativo a Recurso Especial – decidiu, por maioria, em 18/12/2001, privilegiar o voto do relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que julgou descabido o pedido de antecipação de tutela com vistas a obstar a inscrição do nome do autor no cadastro de proteção ao crédito, se o deferimento da medida não houvesse sido incluído dentre os pedidos da ação originária.

¹³ *PROCESSUAL CIVIL – TUTELA ANTECIPADA – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL – INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES.*

Desde que pendente de decisão judicial o valor do débito, e ponderáveis as razões do devedor, justifica-se a concessão de tutela antecipada para impedir a inclusão de seu nome no rol dos inadimplentes nos órgãos controladores de crédito. Precedentes.

Recurso especial provido. (REsp 435.134/SP; Rel. Castro Filho; 3ª Turma; DJ de 16.12.2002, p. 320).

¹⁴ *Medida cautelar. Ação ordinária. Tutela antecipada. Inscrição no SERASA. Natureza cautelar da pretensão.*
 1. *Em ação ordinária destinada a reduzir o valor da dívida, mediante a discussão a respeito da legalidade de cláusulas e encargos do contrato, a tutela antecipada não é instituto adequado para se obstar a inscrição do nome do autor junto às entidades de proteção ao crédito, pois não se confunde com as medidas cautelares em geral. A tutela antecipada destina-se a atender o próprio pedido principal, na hipótese, o de redução da dívida.*
 2. *Medida cautelar indeferida.* (MC 4540/SP; Rel. Carlos Alberto Menezes Direito; 3ª Turma; DJ de 04.11.2002, p. 192).

Outro caso, datado de 05/08/1999, é o REsp 213580/RJ¹⁵. O voto do relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, à época integrante da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou o entendimento sufragado pela melhor doutrina, no sentido de que a antecipação é dos efeitos e não da tutela, propriamente dita. Sendo a exclusão dos cadastros de inadimplentes uma decorrência do provimento final, em uma ação que visa rever cláusulas contratuais violadoras de direitos, a medida antecipatória afigurar-se-ia mais adequada que a medida cautelar, por suas próprias peculiaridades. Assim, concluiu o relator:

A persistência dos registros não impede o reconhecimento do direito dos autores quanto à exclusão do anatocismo e da cláusula mandato, nem atinge a eficácia da decisão que nesse sentido vier a ser proferida, daí por que não me parece que o pedido de exclusão tenha feito propriamente cautelar em relação àqueles pedidos, pois não assegura o resultado prático do processo, nem assegura a viabilidade do direito afirmado pelo autor, sabendo-se que "a finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução" (Nelson Nery e Rosa Maria Nery, CPC Comentado, art. 796, pág. 1213, 4a. ed.). Lembro a afirmativa categórica do il. Prof. Ovídio Baptista da Silva: "A sustação do protesto é, sim, processo sumário, porém de natureza satisfativa e não cautelar" (Do Processo Cautelar, pág. 192). (REsp 213580/RJ; Rel. Ruy Rosado de Aguiar; 4ª Turma; DJ de 22.11.1999, p. 161).

Em dissonância, figura o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, no REsp 555.158/RS¹⁶, julgado em 18/11/2004, decidiu que a inscrição em cadastros negativos de crédito poderia ser evitada – ou solucionada – requerendo-se tutela antecipada ou medida liminar cautelar, desde que atendidos os pressupostos de sua concessão.

¹⁵ TUTELA ANTECIPADA. SPC. SERASA. Contratos de dívida sub judice. Estando sub judice a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos. Recurso conhecido em parte e provido. (REsp 213580/RJ; Rel. Ruy Rosado de Aguiar; 4ª Turma; DJ de 22.11.1999, p. 161).

¹⁶ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. DÍVIDA INSCRITA EM CADASTRO NEGATIVO. AUSÊNCIA DE PEDIDO TUTELAR OU CAUTELAR PARA OBSTAR REGISTRO. INSCRIÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO ATO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

I. O mero ajuizamento de ação revisional de contrato pelo devedor não o torna automaticamente imune à inscrição de seu nome em cadastros negativos de crédito, cabendo-lhe, em primeiro lugar, postular, expressamente, ao juízo, tutela antecipada ou medida liminar cautelar, para o que deverá, ainda, atender a determinados pressupostos para o deferimento da pretensão, a saber: "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas" (REsp n. 527.618/RS, 2ª Seção, unânime, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003).

II. Sequer feito pedido obstativo da inscrição e não identificado, de outro lado, a verossimilhança da tese exordial, incabível a postulação e a indenização por dano moral. Precedentes.

III. Recurso especial não conhecido. (REsp 555158/RS; Rel. Aldir Passarinho Júnior; 4ª Turma; DJ de 14.03.2005, p. 345).

Inúmeros são os precedentes que demonstram a oscilação jurisprudencial, decorrente da dificuldade de operacionalização dos conceitos relacionados às tutelas de urgência. Então, prosseguindo no raciocínio que ora se desenvolve, longe de ser um preciosismo, a preocupação com a sistemática das tutelas de urgência denota zelo pela preservação dos institutos processuais que não podem constituir meras delongas doutrinárias, devendo integrar a praxe, em nome da boa técnica a subjazer a atividade dos juristas.

Essa distância entre o direito legislado e o direito praticado demonstra que a lei, por si só, é incapaz de revolucionar práticas enraizadas do dia-a-dia forense. De nada adianta editar uma legislação brilhante, sob o ponto de vista da melhor técnica, se não for absorvida, em sua inteireza, por aqueles que lidam, diariamente, com seus preceitos normativos. Talvez esse tenha sido o grande defeito do Código de 1973, cuja sistemática das tutelas de urgência não foi bem assimilada pelos juristas.

2.2 Marchas e contramarchas das tutelas de urgência: ineficácia do sistema atual

As sucessivas reformas por que passou o processo civil brasileiro, com o escopo de lapidar alguns institutos processuais, teceram uma verdadeira “colcha de retalhos”, na denominação de Cândido Rangel Dinamarco. É que a opção por intervenções pontuais sem uma preocupação sistêmica traz, em seu bojo, o risco de gerar incongruências que mais agravam do que solucionam os problemas verificados.

O cenário reformista resultou, em verdade, em uma incompreensão disseminada entre os operadores e estudiosos do direito, que não puderam assimilar com inteireza as nuances das alterações perpetradas no sistema processual, mormente em se tratando das tutelas de urgência. Enquanto alguns se preocuparam em estabelecer, tecnicamente, as diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, outros, em oposição, insistiram em encará-las como duas espécies de um mesmo gênero: *medidas de urgência*.

Não bastasse estar-se sob a vigência do Código de 1973, bastante ousado ao revolucionar a sistemática dos provimentos urgentes – e por isso já incompreendido – impôs-se, à força, remendos, a fim de incrementar, ainda mais, esses institutos, na ânsia por garantir a utilidade do provimento jurisdicional de mérito.

Claro que os ajustes foram promovidos com as melhores intenções, de, justamente, operacionalizar conceitos e generalizar as hipóteses de cabimento da tutela antecipatória. Mas a doutrina e a jurisprudência, como já aduzido, não entraram em consenso.

O fracasso das reformas processuais não pode ser atribuído, exclusivamente, ao advento das legislações, até porque não cabe à lei, por si só, modificar sensivelmente a configuração da justiça brasileira. O insucesso é fruto de uma crise generalizada por que passava o processo civil pátrio, com suas deficiências estruturais, legislativas, mas também em virtude de aspectos relacionados à própria organização judiciária, insuficiente para atender as demandas.

Com maestria, Ovídio A. Baptista da Silva expõe sua visão, acerca das “tentativas de “modernização” do nosso processo civil”:

Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de “modernização” de nosso processo civil, todas elas [...] serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso *paradigma*, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas decepções. (SILVA, 1997, p. 219).

A ciência jurídica não pode ser analisada de forma isolada, desconsiderando-se os demais aspectos que a ela se relacionam e que lhe influenciam, diretamente. Da mesma forma, os institutos processuais não podem ser observados de maneira dissociada da codificação em que estão inseridos e da prática jurídica na qual repercutem.

Em meio aos pretensos acertos, as reformas foram incapazes de solucionar problemas enraizados na cultura processual civil brasileira, de modo que a ineficácia do atual sistema de tutelas de urgência subsiste. Isso sem mencionar a insegurança jurídica que deflui das fundadas dúvidas acerca das hipóteses de cabimento de uma e de outra medida, a depender do caso concreto, e dos efeitos que irradiam no sistema jurídico.

De toda a sorte, o discurso da busca por uma justiça célere e efetiva continua em voga, desafiando os operadores do direito a formular novas soluções e engendrar novas técnicas, a fim de entregar uma prestação jurisdicional tempestiva e capaz de surtir efeitos práticos às partes.

Assim, inauguraram-se estudos e discussões sobre a possibilidade de se elaborar um novo Código de Processo Civil, agora sob a égide de um estado democrático de direito, garantido constitucionalmente. A comissão de juristas incumbida de tal responsabilidade foi

instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, composta, inicialmente, por dez renomados juristas, dentre os quais figura a professora Teresa Arruda Alvim Wambier como relatora geral dos trabalhos, a serem desenvolvidos sob a presidência do notável Ministro Luiz Fux.

A elaboração de uma nova codificação afigura-se bastante apropriada, no contexto acima delineado, em que a ideia de sistema processual foi gravemente comprometida pela sobreposição de legislações destinadas a “reformatar” a qualquer custo. Um efetivo aprimoramento pressupõe, dentre outros, a edificação de um novo Código, espelhado, de certa forma, nas experiências anteriores, mas – e isso é fundamental – erigido sobre suas próprias bases que lhe sustentam e lhe conferem uma congruência.

Por via transversa, embora proporcione a construção de um sistema próprio, o fato de estar imerso em um contexto democrático implica, inevitavelmente, na necessidade de harmonizarem-se um conjunto de teorias e orientações doutrinárias diversas.

Há quem aproveite o ensejo para incluir dispositivos inspirados em legislações estrangeiras, importando ao direito pátrio institutos inéditos, no escopo de auxiliarem a concretização do princípio da efetividade do processo, com a entrega de uma prestação jurisdicional útil e efetiva.

Entretanto, como já advertido, a transposição dessas modalidades alienígenas pode não surtir os efeitos desejados, a depender do contexto de sua aplicação e da maturidade do sistema processual e de seus operadores. Essa preocupação, bastante ampla, traduz-se, neste estudo, no âmbito das tutelas de urgência, e justifica a reflexão a que se procederá a seguir, quanto à impossibilidade de se conceber uma cognição que concilie sumariedade e definitividade, no direito brasileiro.

2.3 O mito da cognição sumária com efeitos definitivos

A inafastabilidade da jurisdição, princípio expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, impõe ao Estado, no exercício de sua função jurisdicional, o dever de apreciar as demandas, concedendo às partes uma resposta quanto aos interesses em conflito.

Historicamente, no direito brasileiro, a emissão de um juízo sobre uma pretensão que lhe foi deduzida, pressupõe, *a priori*, o encerramento da fase de instrução. Com o arcabouço

probatório, o magistrado estaria apto a prolatar sua decisão, passível de repercutir no mundo fático e de conferir segurança jurídica às partes, na medida em que inalterável.

A “cognição”, como explica Eduardo Melo de Mesquita, projeta-se em duas dimensões: uma vertical e uma horizontal. Sob o prisma *horizontal*, pode ser plena ou parcial ou limitada, conforme a extensão das matérias apreciáveis; no âmbito *vertical*, refere-se à sua profundidade, podendo ser sumária ou exauriente ou limitada (2002, p. 171).

Quando a cognição atingir sua maior extensão e profundidade, diz-se que foi integral, porquanto plena e exauriente. Entretanto, nem sempre se pode dispor do tempo necessário ao alcance de uma tutela integral, face ao direito material que se pretende tutelar. Daí exsurge a necessidade de se conceber técnicas capazes de sumarizar o procedimento, sem prejuízo da profundidade da análise, “que permanece exauriente” (MESQUITA, 2002, p. 171), como é o caso das ações possessórias.

Impende esclarecer que, embora se valham do mesmo adjetivo, o procedimento sumário não coincide com a tutela sumária, a que se debruça o presente estudo. Enquanto aquele implica em mera abreviação horizontal do curso do processo, esta pressupõe também uma restrição quanto à profundidade cognitiva. Ambas são situações excepcionais, cuja aplicação condiciona-se à verificação de requisitos elencados pela legislação processual.

A tão cobiçada segurança jurídica está estreitamente vinculada ao exaurimento cognitivo. Assim, sintetiza Eduardo Melo de Mesquita, “a tutela definitiva, porque exauriente a sua cognição, bem como imodificável, reflete um anseio de segurança, pela probabilidade maior de acerto da decisão” (2002, p. 173).

Com o trânsito em julgado, o provimento definitivo reveste-se de imutabilidade, tornando o conteúdo da sentença imune a qualquer alteração pela via recursal – salvo as hipóteses excepcionadas no artigo 485, do Código de Processo Civil. Essa qualidade conferida à decisão de mérito da lide, a que se denomina “coisa julgada”, possui *status* de cláusula pétrea no direito brasileiro, de acordo com a Constituição Federal.

Mas de nada adianta uma resposta jurisdicional transitada em julgada, sem o condão de surtir efeitos materiais às partes. Dessa forma, a *efetividade* merece igual cuidado, mormente sabendo-se que há situações revestidas de urgência, que demandam uma tutela mais célere, ainda que provisória, a fim de que a morosidade não inflija o direito da parte.

Não pode a demora jurisdicional ser imputada ao jurisdicionado, que não lhe rendera ensejo e, portanto, tem direito a uma tutela tempestiva e adequada, devendo ser eliminado qualquer desvio que possa comprometer o gozo integral do bem da vida

que lhe é próprio. O monopólio estatal da jurisdição impõe uma atitude tendente a coibir qualquer dano que porventura venha a ser causado pelo próprio Estado. (MESQUITA, 2002, p. 174).

O amadurecimento do sistema processual proporcionou avanços que viabilizaram a concepção de provimentos baseados em cognição sumária, capazes de, em determinadas situações, tutelar direitos das partes, temporária ou provisoriamente (acautelando-os ou antecipando seus efeitos). A teorização de tais institutos revolucionou antigas concepções do processo civil, fulminando a impossibilidade de haver cognição e execução no mesmo processo e, ainda, a impossibilidade de executar as medidas provisoriamente, mesmo quando pendente um juízo definitivo sobre a lide.

Ao conceber-se a antecipação da tutela, introduziu-se, no direito brasileiro, a possibilidade de satisfazer, no plano fático, os “efeitos de mérito”, de forma que a decisão que a concede adentra, de certo modo, ao mérito da ação. Luiz Guilherme Marinoni, discorrendo sobre o assunto, recorda a preocupação dos tribunais e de boa parte da doutrina com a satisfatividade da tutela, reputando desnecessária a “ação principal” no caso de “tutela satisfativa”, ao suporem que “a satisfatividade da tutela era o bastante para dispensar o ajuizamento da ação principal” (MARINONI, 1996, p. 115).

Todavia, trata-se de cognição superficial, pautada em um juízo de plausibilidade, que não encerra a lide em caráter definitivo – o que só é possível após finda a instrução processual, com a decisão que confirma ou não os efeitos provisoriamente produzidos. Por tal razão, a *cognição sumária* não possui o condão de fazer coisa julgada, ao contrário da cognição exauriente.

Da mesma forma, não produz coisa julgada material a tutela cautelar. Interessante, nesse aspecto, o posicionamento do professor Eduardo de Avelar Lamy, para quem a coisa julgada na ação cautelar não seria nem formal, nem material:

[...] tratar-se-ia de uma coisa julgada *sui generis*, até porque só ocorreria em relação a outras lides cautelares, já que um juízo sobre fatos não poderia transitar em julgado da mesma forma que uma sentença de mérito. Por esses motivos, tal sentença pode até se tornar definitiva, mas não possui a imutabilidade da coisa julgada material, uma vez que os seus efeitos ainda poderão ser modificados pelo deslinde ocorrido na ação principal. (LAMY, 2004, p. 46).

Destinadas a proteger a utilidade do processo, as medidas cautelares “defendem remotamente a possibilidade futura de realização prática do direito”, ao passo em que as medidas antecipatórias, “asseguram à parte o exercício imediato de direitos materiais

pendentes de futuro acerto, mesmo no caso de ações declaratórias e constitutivas”. (JÚNIOR, 2002, p. 109).

A toda decisão que defere a antecipação de efeitos do provimento final, deve suceder um juízo definitivo, que lhe confirme ou revogue, conforme se incline o convencimento do magistrado, após o encerramento da fase probatória. Essa premissa deflagra a distinção entre *satisfatividade* e *definitividade*, comumente confundidos na doutrina: a satisfatividade não implica, necessariamente, em definitividade, que só pode ser obtida, no direito brasileiro, em se tratando de cognição exauriente. Em adendo, aduz Luiz Guilherme Marinoni que:

A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige a “ação principal”, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente (carga declaratória suficiente), como também porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo (que não mais pode ser questionado) em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material. (1996, p. 115).

Por decorrência, também a *satisfatividade* e a *coisa julgada material* são conceitos distintos. Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, não é a coisa julgada material que satisfaz, “mas sim a tutela jurisdicional que, para ser efetiva, em alguns casos, terá de ser prestada com base em cognição sumária”. (1996, p. 128).

Nesse sentido, as tutelas exurgidas de um juízo superficial, a despeito de resolverem a lide sob o ponto de vista fático (material), são insuficientes sob o ponto de vista jurídico, por dependerem do advento de um juízo exauriente capaz de lhes conferir definitividade.

Assim, o processo principal deve, necessariamente, suceder ao “processo sumário satisfativo” (MARINONI, 1996, p. 124), porquanto o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do *due process of law*.

O objetivo visado é a concreta eliminação da situação de perigo ou de injustiça que a manutenção do estado fático das partes representa para o direito subjetivo material do autor. Fala-se, por isso, não em antecipação do julgamento de mérito, mas, sim, em antecipação dos “efeitos” da tutela de mérito postulada na inicial (art. 273, *caput*). Quer isto dizer que o provimento emergencial terá de entrar no plano fático, gerando, injunções, mutações, interdições, permissões que haverão de traduzir-se em resultados práticos correspondentes à pretensão veiculada na ação em andamento. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 99).

Isso explica a fragilidade da tutela antecipada, destinada a solucionar a questão no plano fático, mas impassível de resolvê-la, definitivamente, no mundo jurídico – o que compete exclusivamente à sentença de mérito que lhe advém.

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 admitiu a possibilidade de a tutela de cognição sumária desvencilhar-se da tutela de cognição plena ou do processo de mérito, ao prever a estabilização da tutela, fortemente enraizada nos sistemas processuais italiano e francês.

Em resumo, trata-se de conferir à decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela, a prerrogativa de tornar-se estável, caso não lhe seja interposto o respectivo recurso pela parte contrária. O instituto constitui a maior inovação na sistemática das tutelas de urgência delineada no projeto e, por suas próprias peculiaridades, suscita várias dúvidas, principalmente quanto à sua operacionalização e suas bases teóricas, no processo civil brasileiro. Destinando-se o capítulo terceiro integralmente a essa análise, convém problematizar algumas questões, inerentes a essa pretensa estabilização.

Como já desenvolvido, a profundidade e a extensão da cognição variam, conforme se privilegie a celeridade ou o amplo exercício do contraditório, na busca pela verdade processual. Ideal seria poder prestar uma justiça tempestiva que garantisse, simultaneamente, plena realização de todos os princípios constitucionais e processuais. Mas, em se tratando de conceitos inconciliáveis, insta ponderar, face ao caso concreto, o que se afigura mais importante.

Elencadas as premissas, indaga-se de que forma uma tutela satisfativa, concedida com base em cognição sumária – portanto, com amplo espaço à discricionariedade do magistrado e caracterizada pela postecipação do pleno contraditório –, poderia estabilizar-se? Outrossim, se apenas a cognição exauriente é passível de resolver o mérito da lide e, então, formar coisa julgada material, de que forma se enquadraria essa “estabilização” na processualística civil brasileira?

À primeira vista, parece ser uma solução brilhante a muitas mazelas do judiciário, corriqueiramente marcado pelo descrédito em decorrência de sua morosidade na apreciação dos conflitos. Até porque, realmente, no plano fático, surtiria às partes o efeito desejado, gerando a sensação de encerramento definitivo da questão. Mas não se pode furtar a uma análise atenta do instituto no âmbito jurídico, pelo dever de guardar uma congruência sistêmica com o ordenamento no qual se insere.

A antecipação e sua estabilização não são assunto inédito na doutrina brasileira, porquanto em 1997 apresentou-se uma proposta legislativa ao Instituto Brasileiro de Direito Processual a esse respeito.

Então, formou-se uma comissão, integrada por José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni e Ada Pellegrini Grinover, a fim de elaborar o Anteprojeto de Lei. Pretendiam alterar os parágrafos 4º e 5º do artigo 273, e acrescentar ao Código os artigos 273-A¹⁷, 273-B¹⁸, 273-C¹⁹ e 273-D²⁰, dispondo sobre a estabilização da tutela antecipada.

Extraí-se, da justificativa do Projeto de Lei nº 186/2005, do Senado Federal, o seguinte:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito.

Note-se que as implicações desse instituto ultrapassam a preocupação com um provimento jurisdicional tempestivo às partes. Envolve, outrossim, uma quebra de paradigmas, na medida em que objetiva atribuir aos sujeitos da relação processual a prerrogativa de definir os rumos do processo, conforme contentem-se com a decisão sumária ou prossigam (ou ajuízem, se for o caso de medida antecedente) com o processo principal.

Não obstante, nos casos em que a medida seja deferida ao autor, há uma inversão do ônus quanto à propositura da ação, que recai sobre a parte contrária, cuja conduta omissiva poderá resultar na impossibilidade de rediscutir a matéria, por obra da preclusão – de forma que o provimento poderá se solidificar no tempo. Mais curioso é que havendo a preclusão da

¹⁷ Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

¹⁸ Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste código.

§ 1º. Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada, é facultado à parte interessada propor ação de conhecimento, no prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

¹⁹ Art. 273-C. Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

²⁰ Art. 273-D. Proposta a ação de conhecimento, ou retomado seu curso, eventual extinção do processo, sem julgamento do mérito, não determinará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.

decisão, a medida antecipatória adquirirá a força de *coisa julgada*, resolvendo, de modo definitivo, a lide.

Feitas algumas advertências sobre a extensão das cognições, e breves considerações a respeito do Projeto de Lei nº 186/2005 – pioneiro ao cogitar a introdução da estabilização da tutela no direito brasileiro – reservou-se o capítulo terceiro especificamente para tecer maiores digressões sobre o tema, comparando a primeira proposta com a previsão do instituto no projeto do Novo Código de Processo Civil, ora em discussão.

Todavia, impende ressaltar que os provimentos de urgência, voltados à salvaguarda do direito substancial ou processual, devem ser utilizados na exata medida em que se façam essenciais, mas sua utilização “não pode ser irracionalmente generalizada [...], sob pena de gerar uma instabilidade e insegurança sociais indesejáveis”. (MESQUITA, 2002, p. 287).

3 O PROJETO DE LEI Nº 8.046/2010: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As discussões sobre alternativas aos remendos no Código de 1973, e o constante propósito de resolver problemas relativos à busca pela efetividade do processo resultaram na proposta de redação de um novo Diploma Processual Civil. É que a “preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade” – como consignado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (p. 12).

Assim, em 30 de setembro de 2009, pelo Ato nº 379 do Presidente do Senado Federal, foi instituída uma comissão de juristas incumbidos de elaborar o Anteprojeto do Novo Código, presidida pelo Ministro Luiz Fux e composta por grandes nomes do direito brasileiro, como Humberto Theodoro Júnior, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, na condição de relatora-geral dos trabalhos.

No momento em que se opta por uma alteração legislativa de tal monta, deve-se avaliar quais aspectos carecem de melhor normatização e quais reputam-se dignos de permanecer na nova codificação. Como já advertiu o ilustre Alfredo Buzaid na exposição de motivos do Código de 1973,

Entram em jogo dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da conservação e o da inovação. Ambos se harmonizam, porque, se o primeiro torna menos perturbadora a mudança, o segundo remedeia os males observados durante a aplicação do Código. O reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtém, quando demolido, materiais para construções futuras. (BUZOID, 1973, p. 9).

O resultado dessa empreitada foi a elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil, cujo desafio, conforme insculpido na sua Exposição de Motivos, é “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere” (p. 7). Assim, os trabalhos da comissão orientaram-se precipuamente por cinco objetivos:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir a decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (p. 14).

Posteriormente, o Anteprojeto foi transformado no Projeto de Lei nº 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, então substituído pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010, que tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados.

3.1 Radiografia do Projeto de Lei nº 8.046/2010 no tocante às tutelas de urgência

O projeto do Novo Código de Processo Civil exsurge como uma alternativa às fracassadas reformas pontuais, que comprometeram sobremaneira o funcionamento do sistema processual civil brasileiro. Urgia alterar as estratégias na tentativa de modernização e aprimoramento do Código, abandonando os velhos remendos e reconstruindo novas bases, compatíveis com o atual amadurecimento da ciência processual, verificável na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Outrossim, é o primeiro código de processo civil elaborado sob a égide de um estado democrático de direito, garantido constitucionalmente. Do relatório final apresentado pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, sob a relatoria do Senador Valter Pereira, extrai-se o seguinte excerto:

Jamais na história um projeto de Código passou por tamanha consulta popular. Nunca um Código foi construído de maneira tão aberta. Do cidadão mais simples ao mais prestigiado e culto jurista, todos puderam opinar. Quem quis falar foi ouvido, e, o que é principal, a ponderação de todos – na medida do possível – foi efetivamente considerada. Foram comissões e mais comissões em todas as regiões do país, de todos os segmentos, que estudaram o projeto e nos remeteram sugestões. (BRASIL, 2010, p. 32).

As inovações pretendidas pela nova codificação pertencem tanto ao âmbito material quanto estrutural. A começar pela subdivisão, o projeto do Novo Código instituiu uma parte geral e uma parte especial. A parte geral, composta por cinco livros, trata dos princípios gerais (Livro I), da ação e jurisdição (Livro II), das partes e procuradores (Livro III), dos atos e nulidades processuais (Livro IV) e da tutela antecipada (Livro V). À parte especial, foram relegados o processo de conhecimento (Livro I), a execução (Livro II), os recursos (Livro III) e as disposições finais e transitórias (Livro IV).

Salta aos olhos a primeira alteração estrutural no que concerne às tutelas de urgência, na medida em que o projeto não destinou um livro específico às disposições relativas ao processo cautelar, como havia feito Alfredo Buzaid no Código de Processo Civil de 1973.

Entretanto, a denominação conferida ao Livro V da parte geral, “tutela antecipada”, poderia gerar a impressão de que o Código conferiu maior relevo à tutela satisfativa que à cautelar, em contraposição à opção legislativa de 1973. Em verdade, as modificações na sistemática das tutelas de urgência foram substanciais, inclusive quanto à denominação.

O título do Livro V indica que a *tutela antecipada* foi elevada à condição de gênero, do qual são espécies a tutela antecipada satisfativa e a tutela antecipada cautelar. O artigo 295²¹ acrescenta que a tutela “pode fundamentar-se em *urgência* ou *evidência*”, do que se depreende que tais são subespécies da tutela antecipada satisfativa, destacadas na topologia inaugurada pelo projeto.

Veja-se o que a comissão incumbida de redigir o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil relatou, na Exposição de Motivos:

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de ineficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. (2010, p. 25).

Impende salientar que a “tutela de evidência” – incluída no artigo 306²² –, está longe de constituir uma novidade no processo civil brasileiro. Simplesmente adotou-se uma nova denominação para tratar de algo familiar aos operadores do direito, a exemplo da previsão do inciso II e do § 6º, do artigo 273, a partir da edição das Leis nº 8.952/1994 e 10.444/2002, que operaram a *reforma* e a *reforma da reforma*, respectivamente, no Código de 1973.

Nesses casos, o direito é tão plausível que se tornam dispensáveis os requisitos do *periculum in mora* e da reversibilidade. É que, ao se permitir a concessão da tutela antecipada nos casos de pedido incontroverso, por exemplo, está-se, na verdade, permitindo que a parte

²¹ Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode fundamentar-se em urgência ou evidência e ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

²² Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;
 II – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável;
 III – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 IV – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.
 Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos III e IV deste artigo pode ser proferida liminarmente.

usufrua da parcela da tutela pretendida que não é controvertida na lide. Como comenta Luiz Fux, “O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma *lesão*.” (2000, p. 26).

O notável Ministro muito se dedicou ao estudo da *tutela dos direitos evidentes*. Assim, elucida, quanto às situações em que se pode conceder essa modalidade de tutela:

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada. (FUX, 2000, p. 24).

Urge esclarecer, nesse sentido, no que consiste essa evidência capaz de ensejar a concessão da tutela antecipada satisfativa. Luiz Fux traça uma distinção entre a evidência à luz do direito material e do direito processual. Naquele, é evidente o direito “que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula”; sob o aspecto processual, “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.” (FUX, 2000, p. 28).

Em suma, “a legitimação do provimento urgente em prol do direito evidente é algo que se situa entre o *valor limite da certeza* e no piso da *verossimilhança preponderante*”. Depreende-se, assim, que a constatação da evidência de um direito depende substancialmente dos limites das provas que se pode produzir a fim de demonstrá-lo. É evidente o direito que se funda sobre fatos notórios ou incontrovertidos, bem como sobre questões jurídicas insuscetíveis de contradição, ou o direito decorrente de decadência ou de prescrição, como exemplifica Luiz Fux (2000, p. 29-31).

Retomando-se a análise da nova sistemática conferida pelo Projeto às tutelas sumárias, com a supressão do processo cautelar, ambas as medidas são internalizadas pelo processo de conhecimento, conservando sua eficácia na pendência de um provimento final, com a ressalva de sua possível revogabilidade, a qualquer tempo (a teor do disposto nos artigos 297²³ e 299²⁴, do Projeto). A previsão do artigo 296²⁵ reforça que a tutela antecipada – de natureza satisfativa ou cautelar – insere-se no mesmo eixo cognitivo que o processo principal, tornando a ser uma tutela interna ao processo de conhecimento, como o era no Código de 1939.

²³ Art. 297. A tutela antecipada conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, em decisão fundamentada.

²⁴ Art. 299. Na decisão que conceder, negar ou revogar a tutela antecipada o juiz justificará as razões do seu convencimento de modo claro e preciso.
Parágrafo único. A decisão é impugnável por agravo de instrumento.

²⁵ Art. 296. A tutela antecipada requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Inclusive, Kazuo Watanabe já defendia essa unificação procedimental, à época em que se introduziu a tutela antecipada no direito brasileiro, com a reforma de 1994:

Com a inovação introduzida pelo art. 273, porém, deverá desaparecer o formalismo excessivo que vinha impedindo a cumulação do provimento de conhecimento com o provimento cautelar. Razões de ordem prática e de economia processual recomendam a admissibilidade de semelhante cumulação, desde que entre os provimentos haja relação e compatibilidade. (1996, p. 40)

Em consonância, Eduardo de Avelar Lamy, ao entender que “assegurar e satisfazer com urgência são apenas técnicas diferentes” assentava que “a flexibilização de tais medidas” poderia prosseguir, até que se unificassem, sistematicamente (LAMY, 2004, p. 119).

Essa absorção das tutelas antecipadas pelo processo de conhecimento e a flexibilização comentada pelos autores, não significa, todavia, que o Projeto de Lei nº 8.046/2010 tenha privilegiado a ideia de fungibilidade (inserida no Código de 1973 pelo § 7º, do artigo 273), entendida no *duplo sentido vetorial*, em detrimento aos traços diferenciais de uma e de outra medida. Pelo contrário, o Código é expresso ao tratar da tutela antecipada satisfativa e da tutela antecipada cautelar como duas espécies distintas, cada qual com suas peculiaridades, a despeito de tê-las unificado sob o aspecto procedimental.

A encerrar a análise das disposições gerais no que tange à tutela antecipada, mantém-se, no projeto do novo código, a previsão do poder geral de cautela, que absorveu as medidas cautelares nominadas, previstas no Diploma de 1973. Dessa sorte, nas situações em que restar verificada a nota de urgência, possui o magistrado a prerrogativa de deferir as medidas que julgar adequadas à situação concreta, sejam elas satisfativas ou meramente acautelatórias. Eis o que dispõe o artigo 298²⁶, cujo parágrafo único destaca a aplicabilidade das normas relativas ao cumprimento provisório de sentença à efetivação da tutela antecipada – tal como ocorre sob a égide do Código de 1973.

O capítulo II cinge-se à normatização da tutela de urgência – satisfativa ou acautelatória –, caracterizada fundamentalmente pelo *periculum in mora* (artigo 301²⁷). Permanece a previsão da contracautela, aplicável nos casos em que o juiz entender por bem precaver-se, exigindo garantias do requerente, antes de deferir-lhe a medida pleiteada, a fim

²⁶ Art. 298. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela antecipada.

Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

²⁷ Art. 301. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

de ressarcir o réu em caso de posterior revogação da medida (como prevê o § 1º²⁸ do artigo 301).

Aliás, o artigo 303²⁹ reforça esse senso de responsabilidade a ser impresso naquele que requereu a tutela antecipada cautelar, nos casos em que sobrevier sentença que lhe for desfavorável; ocorrer cessação da eficácia da medida; houver decadência ou prescrição da pretensão do autor; ou, ainda, nos casos em que o autor, obtida a tutela liminarmente, não empreender esforços para promover-se a citação do requerido, contra quem a medida foi deferida. Em se tratando de tutela antecipada satisfativa, prevê o parágrafo segundo do mesmo dispositivo a observância do procedimento do cumprimento provisório de sentença.

Ademais, mantém-se a possibilidade de a medida antecipada de urgência ser concedida liminarmente, isto é, sem a oitiva da parte contrária, a exemplo do previsto no artigo 797, do atual Código de Processo Civil.

No que concerne à reversibilidade, um dos requisitos para a concessão de tutela antecipada de urgência, foi inserida no parágrafo 3º do artigo 301. Nesse mister, pertinente a ressalva de que é necessária uma análise atenta, a fim de avaliar o que seria mais irreversível: o deferimento da medida ou o indeferimento, conforme a situação sob exame.

O artigo 302³⁰ confere ao juiz a prerrogativa de conceder tutela antecipada cautelar de ofício – previsão que não encontra correspondência no atual Código. Destaque-se que o dispositivo se refere expressamente à tutela cautelar, porquanto a concessão da tutela antecipada satisfativa pressupõe, necessariamente, que haja provocação da parte, em função da possível irreversibilidade.

O procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente é tratado no Título II, do Livro V, com previsões bastante semelhantes às do Código de 1973. A despeito de ter

²⁸ Art. 301. [...] § 1º. Para concessão da tutela de urgência, o juiz poderá, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o réu possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente insuficiente.

²⁹ Art. 303. Independentemente da reparação por dano processual, o autor responde ao réu pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da tutela antecipada cautelar, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

§ 1º. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

§ 2º. A responsabilização civil do requerente da tutela antecipada satisfativa observará o procedimento do cumprimento provisório de sentença.

³⁰ Art. 302. O juiz poderá conceder tutela antecipada cautelar de ofício, incidentalmente, em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei.

sido incluída no mesmo eixo cognitivo que o processo principal, quando requerida em caráter antecedente, permanece como requisito da tutela cautelar a nota da referibilidade (art. 307³¹), isto é, a necessária menção ao direito que, com a medida, visa-se assegurar.

Efetivada a tutela cautelar, deve-se declinar o pedido principal, no prazo de 30 dias (art. 310³²), sob pena de perder sua eficácia (art. 311³³). Interessante que, retornando ao *status* que lhe era conferido pelo Código de 1939, porquanto interna ao processo de conhecimento, a medida cautelar volta a ser dele dependente, de modo que eventual improcedência do pedido principal implicará na cessação de sua eficácia, conforme disposto no artigo 311, inciso III. Entretanto, o indeferimento da cautelar não influi no julgamento do pedido principal, como ressalta ao artigo 312³⁴.

Traçado um panorama geral sobre a nova configuração das tutelas sumárias, merecem especial atenção os artigos 304 e 305, que tratam da estabilização da tutela, uma das mais importantes alterações inseridas no Projeto de Lei nº 8.046/2010. Como já visto, no Projeto de Lei nº 186/2005, entregue ao governo em 31 de março de 2007, de autoria de comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, cogitou-se a inserção da estabilização no direito brasileiro, embora sem sucesso. De qualquer forma, a importação dessa nova modalidade do direito estrangeiro é uma iniciativa que, sem dúvidas, promoverá uma quebra de paradigmas, face à atual evolução da nossa ciência processual civil.

³¹ Art. 307. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza satisfativa, o órgão jurisdicional observará o disposto no art. 304.

³² Art. 310. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Neste caso, será apresentado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º. O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º. A causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal.

§ 3º. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação na forma do art. 335, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º. Não havendo conciliação, o prazo para a contestação será contado na forma do art. 336.

³³ Art. 311. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I – o autor não deduziu o pedido principal no prazo legal;

II – não for efetivada dentro de trinta dias;

III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

³⁴ Art. 312. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

Sob a ótica procedimental, a teor do disposto no artigo 304³⁵, faculta-se ao requerente, em casos marcados pela urgência, limitar-se a declinar, na petição inicial, o pedido de antecipação da tutela satisfativa, e a indicar o pedido de tutela final, “com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional”. Se deferida a tutela pretendida, incumbirá ao autor aditar a petição inicial, com os demais fundamentos dos seus pedidos, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Caso a medida não seja concedida, o autor deverá, igualmente, emendar a exordial, em 5 dias, sob pena de indeferimento da inicial e consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

O artigo 305³⁶, em continuidade, prevê que se o réu não interpuser agravo de instrumento em face da decisão que a concedeu, a tutela antecipada satisfativa tornar-se-á estável e o processo será extinto. Entretanto, o parágrafo segundo ressalta a possibilidade de qualquer das partes “rever, reformar ou invalidar” a tutela antecipada satisfativa estabilizada (§ 2º), em ação própria, por decisão de mérito (§ 3º), desde que o faça em até dois anos

³⁵ Art. 304. Nos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

§ 1º. Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar;

II – o réu será citado imediatamente, mas o prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do aditamento a que se refere o inciso I deste § 1º.

§ 2º. Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto, sem resolução do mérito.

§ 3º. O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º. Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º. O autor terá, ainda, de indicar, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º. Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias. Não sendo emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução de mérito.

³⁶ Art. 305. A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º. No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º. Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do caput.

§ 3º. A tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida.

§ 5º. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5º). Até que isso ocorra, a referida tutela conservará seus efeitos, a teor do § 3º do mesmo artigo.

A inserção de tais previsões no novo diploma processual civil, a despeito de ser uma interessante alternativa às soluções revestidas por urgência, traz várias implicações sob o ponto de vista da ciência e da teorização do processo civil brasileiro e seu atual estágio de amadurecimento.

Existe um lapso entre os efeitos produzidos no âmbito material e as implicações no âmbito processual que não pode ser desconsiderado. O projeto, ao incluir essa previsão, normatizou a possibilidade de o autor requerer a tutela pela tutela, que, face à omissão da parte contrária, possui o condão de tornar-se estável, mesmo se tratando de uma decisão que não possui estrutura para suportar o peso da definitividade.

Há uma inversão da iniciativa da ação, pois, concedida a tutela, fica o autor dispensado de promover a demanda de cognição exauriente, que passará a ser ônus do demandado; caso permaneça inerte, a tutela se estabiliza. De outro lado, se a tutela é indeferida, ou concedida parcialmente, cabe, por sua vez, ao demandante propor a ação de conhecimento, ou requerer seu prosseguimento.

O projeto propõe uma verdadeira revolução conceitual ao permitir que um julgamento baseado em um juízo de verossimilhança – marcado pela provisoriedade –, adquira a imutabilidade até então exclusiva dos julgamentos definitivos de mérito, pautados em ampla análise de provas, e traz em si vários problemas.

3.2 A problemática envolvida: a falsa impressão de estabilidade

As inovações pretendidas pelo novo Código no que concerne à estabilização da tutela precisam ser analisadas com um viés crítico. Sob o ponto de vista material, em termos de efeitos práticos às partes, é admissível que a tutela se estabilize, resolvendo de maneira mais célere a lide. Mas as incongruências que decorrem dessa premissa são plenamente verificáveis no âmbito processual.

Para que haja a estabilização da tutela, pressupõe-se, em primeiro lugar, uma inércia da parte contrária – que se absteve de interpor recurso de agravo de instrumento em face da decisão que a concedeu. Nesse caso, o processo será extinto, conforme previsão do § 1º do

artigo 304, sem resolução de mérito, por se tratar de um julgamento fundado em cognição sumária. Perfectibilizada a coisa julgada formal, faculta-se às partes ajuizar uma ação a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, por decisão de mérito, no prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Antes de prosseguir com a análise, pertinente recordar a distinção entre coisa julgada formal e material. Enquanto aquela consiste em um *fenômeno endoprocessual*, porque implica na “imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida”, a fim de que não seja mais impugnável por recursos, esta é um *fenômeno com eficácia endo/extraprocessual*, que provoca a “indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 418-419).

À vista desses conceitos, o grande problema inaugurado pela estabilização da tutela é exatamente conferir definitividade a uma decisão formada com base em cognição sumária, que não implica em coisa julgada material, mas meramente formal. Dispensa-se o prosseguimento da ação principal que, sob a égide do Código de 1973, era indispensável, justamente para confirmar a tutela cujos efeitos foram antecipadamente deferidos, conferindo-lhe a tão desejada definitividade.

É difícil imaginar que as partes se contentem com uma satisfação que produza efeitos no âmbito material, mas que não lhes confira a solução definitiva do litígio no aspecto processual. Seria um contrassenso, uma reviravolta na história, em que a segurança jurídica sempre figurou como um dos maiores objetivos, a despeito dos compromissos de efetividade e de celeridade na prestação jurisdicional.

Menos factível ainda parece ser a hipótese de que o réu permanecerá inerte, sem impugnar a decisão que conceda a antecipação de tutela, sabendo das consequências – de estabilização – que a sua inércia pode acarretar. A própria prática forense demonstra que as partes costumam se utilizar de todos os recursos processuais previstos no ordenamento a fim de, se não impugnar, de modo fundamentado, atos e decisões, ao menos protelar a satisfação do direito da outra parte.

Ressalte-se ainda que não há qualquer dispositivo que preveja determinada sanção a quem apresente impugnação destituída de fundamentos, a exemplo do *référé* no direito francês. Isso significa que a ideia de celeridade e eficácia, que justificam a inserção do instituto no processo civil brasileiro, não surtirá o efeito desejado.

Assim, mesmo que não recorra da decisão, o réu poderá se utilizar de um processo de conhecimento, que seguirá o procedimento ordinário, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada – fulminando mais uma vez a pretensão de conferir maior celeridade aos casos em que presente a nota de urgência. Há uma inversão do da iniciativa de ação, na medida em que quem deve pleitear a cognição exauriente, propondo ação cuja decisão de mérito fulminará a medida antecipatória que havia sido concedida é a parte prejudicada, e não o autor.

Não obstante, o prazo para o ajuizamento dessa ação é de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, conforme prevê o parágrafo 5º do artigo 305. Se a sentença de extinção que promove a estabilização não faz coisa julgada material, mas meramente formal, é no mínimo curioso que o prazo previsto ao ajuizamento da ação capaz de rediscutir essa tutela, antecipadamente concedida, seja exatamente o mesmo prazo que para o ajuizamento da ação rescisória, proponível apenas em se tratando de sentenças com resolução de mérito, que implicam em coisa julgada material (conforme artigo 495³⁷, do Código de 1973, e artigo 987³⁸ do Projeto de Lei nº 8.046/2010).

Com o decurso do prazo, a decisão não pode mais ser revista. Aliás, esse caráter definitivo que lhe é conferido suscita dúvidas: se a coisa julgada formal não possui o condão de tornar o caso imutável e indiscutível, como se poderá permitir que uma decisão baseada em cognição sumária assuma definitividade? Diante da questão, Humberto Theodoro Júnior explica que a possibilidade de rediscutir o direito material efetivado na tutela antecipada estabilizada não poderia mesmo ser eterna. Assim,

A solução sistemática para o problema pode ser encontrada, mediante invocação dos direitos italiano e francês, no instituto da prescrição: proferida a decisão antecipatória e extinto o procedimento antecedente, começa-se a contar novamente o prazo prescricional. Com o encerramento do prazo prescricional opera-se a extinção da pretensão de rediscutir o tema na ação principal [...], razão pela qual a decisão de cognição sumária, mesmo sem passar em julgado, se torna definitiva, pois se

³⁷ Art. 495. *O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.*

³⁸ Art. 987. *O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da decisão.*

§ 1º. *Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput quando expira durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.*

§ 2º. *Se fundada a ação no art. 978, VII, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova.*

§ 3º. *Na hipótese de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o Ministério Público, quando não houve sua intervenção no processo, a partir do momento que tem ciência da fraude.*

§ 4º. *No caso de decisão que resolva parcela do mérito, o prazo conta-se do respectivo trânsito em julgado da decisão.*

§ 5º. *No caso de recurso parcial, nos termos do art. 1.015, o prazo conta-se do trânsito em julgado do capítulo não impugnado.*

ajuizada a ação principal, sofrerá ela as consequências processuais da prescrição: extinção de plano do processo [...]. (2012).

De qualquer forma, a parte que recorre ao judiciário a fim de solucionar um conflito, dificilmente assumirá o risco de aguardar o decurso desse prazo de dois anos para, só então, ter uma decisão definitiva, impassível de ser rediscutida. Nessa senda, é fato que a parte beneficiada buscará a tutela definitiva, ajuizando a ação de conhecimento prevista no parágrafo 2º do artigo 305, que acaba por esvaziar a utilidade da pretensa estabilização, inserida no Projeto do Novo Código.

Depreende-se que são muitos os questionamentos erigidos a partir da normatização do instituto no processo civil brasileiro. As circunstâncias que cercam essa nova medida traduzem uma situação muito mais de hipótese acadêmica, do que de hipótese concreta e real. Agora, tem razão Humberto Theodoro Júnior, ao fazer o seguinte comentário:

Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena. (2002, p. 30).

A estabilização coloca-se, assim, como uma alternativa às partes, caso optem por um procedimento mais célere, capaz de solucionar a “crise de direito material”, fundado em cognição sumária, sem operar, no entanto, coisa julgada. Se houver essa predisposição de ambos os litigantes – como ocorreria em um acordo – não há problemas.

O problema é quanto à aplicabilidade prática do instituto, justamente porque não temos essa cultura no direito brasileiro. Afigura-se difícil imaginar que, uma vez deferida a tutela pleiteada pelo autor, o réu se contentaria com a decisão e não recorreria. Ou, ainda, que o autor contentar-se-ia com aquela decisão que lhe antecipou os efeitos da tutela e assumiria o risco de esperar os dois anos, sem tomar qualquer outra providência, a fim de tornar a questão indiscutível.

Trata-se de um instituto inspirado no *référé*, do direito francês, que, da forma como se pretende que seja aplicado ao direito brasileiro, traz, em si, uma série de incongruências sistêmicas, e afigura-se, portanto, incompatível com o atual conhecimento científico processual civil. Ovídio A. Baptista da Silva já advertia que:

A transformação do *référé*, de remédio excepcional, em medida rotineira, de sabor nitidamente político e de administração judiciária, contra a inadequação do instrumental posto à disposição dos magistrados, não terá, sem dúvida, a virtude mágica de resolver os problemas institucionais do Poder Judiciário” (2006, p. 7).

Ademais, o contexto em que o instituto jurídico se desenvolve e o próprio amadurecimento da ciência processual, são fundamentais. Por isso deve-se ter cautela na importação de construções estrangeiras que, uma vez inseridas em outra ordem jurídica, podem não surtir os efeitos esperados.

O professor José Carlos Barbosa Moreira, em conferência pronunciada em abril de 2000, no Rio de Janeiro, fez questão de desiludir seus interlocutores quanto às expectativas sobre o futuro da justiça, quebrando mitos que preponderantemente assolam o senso comum, com a convicção de que se faz necessário “exorcizar certos fantasmas”, desde logo, para que se possa auferir uma progressão.

Um dos mitos é justamente a supervalorização dos modelos estrangeiros, “indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais” (MOREIRA, 2004, p. 7).

É cediço que o processo civil brasileiro desde sempre sofreu influências de outras legislações – italiana, portuguesa, anglo-saxã. Mas, destaca José Carlos Barbosa Moreira, essa atenção ao direito comparado não pode significar um “deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros”.

Para evitar excessos, José Carlos Barbosa Moreira entende que essas importações devem observar dois pressupostos:

Primeiro, cumpre examinar a fundo o modo como na prática funciona o instituto de que se cogita no país de origem – análise que reclama a visita direta às fontes, o conhecimento dos textos originais, mas também a consulta da jurisprudência e da doutrina alienígenas, a fim de evitar erros de perspectiva em que não raro incorrerá quem se contente com leituras de segunda ou terceira mão, com traduções nem sempre fidedignas, ou – pior ainda – com a contemplação de sequências de películas cinematográficas, superlativamente emocionantes, porém sem compromisso maior com a realidade. [...] O segundo pressuposto é o convencimento, fruto de reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la. (2004, p. 8).

Deve-se atentar, pois, ao perigo de inserções precipitadas, em desarmonia com a cultura do país importador. Outrossim, a técnica processual não pode dissociar-se da realidade emergente da *práxis* forense. É nesse sentido que José Rogério Cruz e Tucci, tecendo críticas, sintetizou, em 1994, a crise jurisdicional:

A dramática e crescente aflição dos consumidores da justiça em decorrência da escandalosa demora na prestação jurisdicional, à míngua de quaisquer dados

estatísticos, constitui, por certo, um diagnóstico suficiente da existência de um inequívoco descompasso entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário. (1994, p. 101).

É fundamental que haja uma confluência do direito legislado e do direito aplicado, sob pena de revestir as normas de ineficácia, na medida em que não aplicadas – ou aplicadas de maneira desconforme às reais intenções do legislador.

Impende examinar não só as divagações doutrinárias quanto aos temas de maior tônica na processualística civil; mas, fundamentalmente, os rumos jurisprudenciais que assumem, nas análises desafiadoras dos casos concretos.

3.3 Análise jurisprudencial

A elaboração de uma nova codificação envolve a reflexão sobre novas estratégias a solucionar os entraves à prestação jurisdicional, nos termos preconizados pela Constituição, mas, precipuamente, importa na lapidação de institutos processuais já existentes.

Para viabilizar tal estudo, é imprescindível acompanhar o desenvolvimento jurisprudencial acerca da matéria, que ora reafirmam os preceitos normativos, ora lhes conferem as mais diversas interpretações, face aos desafios apresentados pelo caso concreto.

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 alterou a sistemática das tutelas de urgência, como já visto, também no que concerne à classificação das tutelas sumárias. Entretanto, a despeito das inovações – principalmente com a inserção da estabilização da tutela – manteve hipóteses já previstas no Código de 1973, como as tutelas no âmbito recursal e as tutelas pautadas na evidência, estas às quais conferiu uma subespécie própria, dentre as tutelas antecipadas satisfativas.

Se subsistiram à propositura de uma nova codificação, afigura-se pertinente avaliar os entendimentos que a jurisprudência do Tribunal Superior lhes vêm conferindo.

3.3.1 Tutelas de urgência em sede recursal

É ampla a aplicabilidade das tutelas de urgência em sede recursal, com vistas à concessão de *efeito suspensivo* – nos casos em que não é automaticamente concedido por lei, ou com o intuito de conferir *efeito obstativo* – quando a lei preveja a recepção do recurso em seu duplo efeito, suspendendo os efeitos da decisão recorrida e devolvendo à instância superior o conhecimento da matéria envolvida no litígio.

No código de 1973, ora vigente, dentre os recursos previstos no artigo 496, só à apelação a lei confere os efeitos suspensivo e devolutivo. Assim, a interposição de apelação impede que a sentença produza efeitos, até que haja a apreciação do recurso e se inicie o cumprimento da decisão no juízo de primeiro grau. Por consequência, a interposição de agravo de instrumento, em regra, não influi no prosseguimento do processo, da mesma forma que a interposição de recurso especial e recurso extraordinário não obstam a execução das decisões recorridas (artigo 497³⁹, do CPC), na medida em que recebidos somente no efeito devolutivo.

Mas o artigo 520⁴⁰ do Código excetua as situações em que a apelação deve ser recebida somente no efeito devolutivo, dentre as quais figuram as hipóteses de ser o recurso interposto em face de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VII). Nesse caso, defende-se que a obtenção do efeito suspensivo poderia se dar com o requerimento de uma tutela cautelar.

Interessante a ressalva feita por Eduardo Melo de Mesquita, quanto à possibilidade de se ajuizar uma medida cautelar com vistas a obstar que a decisão que confirmou – ou deferiu – a tutela antecipada não surta efeitos quando interposto recurso de apelação (conforme o parágrafo único do artigo 558), apesar da ressalva feita pelo inciso VII do artigo 520, do atual Código:

³⁹ Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

⁴⁰ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
 I – homologar a divisão ou a demarcação; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
 II – condenar à prestação de alimentos; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
 III – julgar a liquidação de sentença; (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)
 IV – decidir o processo cautelar; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
 V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)
 VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)
 VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela; (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

A cautelar é largamente utilizada no meio forense como contraste à eficácia imediata das decisões sob impugnação e, apesar do advento do art. 558 do CPC, é difundida como instrumento para atribuir “efeito suspensivo” – entenda-se obstativo ou impeditivo – a recurso que não o tem por lei. O par. ún. do art. 558 recebe o inciso VII do art. 520, recentemente acrescentado e em vigor desde 27.03.2002, relativamente à sentença que confirma ou concede a antecipação de tutela na sentença, desde que haja perigo de lesão grave e de difícil reparação decorrente daquela antecipação confirmada. A questão precisa amadurecer, porquanto a decisão definitiva e confirmatória da antecipação pode ser suspensa por um juízo de mera probabilidade do órgão monocrático a quem compete apreciar o recurso. (2002, p. 428-429).

O artigo 527, inciso III, do Código, por sua vez, incluído pela Lei nº 10.352/2001, prevê a possibilidade de atribuir-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento, ou, conforme o caso, e desde que presentes os requisitos que lhe são indispensáveis, antecipar, total ou parcialmente, a pretensão recursal. Essa segunda hipótese expressa a previsão da antecipação de tutela no âmbito recursal, que nada mais é do que o “efeito ativo”.

Há os que entendem, como nós, que a antecipação de tutela pode ser utilizada para emprestar ou imprimir eficácia à decisão apelada, retirando assim o “efeito suspensivo”. Trata-se do “efeito ativo”, imposto em sede de agravo de instrumento, possibilitando a eficácia da decisão, suspensa pela interposição da apelação. A nova feição do art. 527, III, do CPC é expressa quanto à antecipação de tutela recursal, total ou parcialmente. (MESQUITA, 2002, p. 429).

Quanto aos recursos especial e extraordinário, o parágrafo 2º do artigo 542 dispõe, inequivocamente, que lhes será atribuído apenas o efeito devolutivo. Mas o artigo 558⁴¹ faculta ao relator decidir sobre a concessão do efeito suspensivo, em determinados casos, em que presente o perigo de lesão grave ou de difícil reparação, inclusive em se tratando dos casos excepcionais previstos no artigo 520 (conforme redação do parágrafo único do artigo 558).

Um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, quando da análise da Medida Cautelar nº 12.315/AL, em 25/11/2008, demonstra essa hipótese. Além de reputar presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* a ensejar a concessão da medida pleiteada, a Primeira Turma, à relatoria do Ministro Luiz Fux, advertiu “ser vedado, a título de cautelar concessiva de efeito suspensivo à decisão de recurso submetido à irresignação especial, providência mais ampla do que a sustação da eficácia do *decisum*”,

⁴¹ Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995).
Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995).

porquanto, além desse limite, adentra-se ao mérito do recurso especial, cuja competência para apreciação incumbe ao Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, podem ser concedidas medidas cautelares, a fim de sustar os efeitos da decisão, nos casos em que houver fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação. Assim, assevera Eduardo Melo de Mesquita, a concessão do “pedido cautelar de “suspensão” de efeitos” requer a demonstração da “aparência do direito”, além da demonstração de que a “mora do procedimento possa, de *per se*, causar um inevitável dano ao direito buscado no procedimento principal” (MESQUITA, 2002, p. 430).

A possibilidade está prevista no artigo 800⁴², que disciplina, também, a competência para a apreciação da medida. Nesse mister, importante salientar que quando se tratar de recursos cuja admissibilidade é bifásica, a competência será do tribunal *ad quem* somente nos casos em que já se houver procedido à primeira admissibilidade, no juízo *a quo* (caso contrário, será desse a competência para a apreciação da medida cautelar). A questão ensejou a edição das súmulas 634 e 635, pelo Supremo Tribunal Federal, e o acórdão proferido pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavaski, na apreciação do AgRg na MC 9.823 / MA, julgado em 17/05/2005 (DJ 30/05/2005, p. 210), elucida bem a questão.

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSÃO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 635, em casos excepcionais, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevalente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, é admissível medida cautelar destinada a antecipar tutela recursal ou atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.
2. A hipótese dos autos se amolda perfeitamente a essa situação excepcional, pois a concessão de tutela antecipada para determinar a instalação, nas agências bancárias e nos postos de atendimento, de máquinas emissoras de senhas que registrem o horário de atendimento do usuário, sob pena de multa diária por consumidor lesado, esbarra nos precedentes jurisprudenciais colacionados pelos requerentes, o que traduz controvérsia acerca da competência do município para disciplinar o funcionamento de estabelecimentos bancários. Evidencia-se, assim, a verossimilhança do direito sustentado no recurso. Há, igualmente, perigo de dano irreversível decorrente dos possíveis prejuízos resultantes da aquisição de equipamentos e contratação de funcionários para atender a um serviço cuja obrigatoriedade constitui justamente o tema central da demanda, criando situação fática de difícil reversão reparatória.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

⁴² Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.
Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

Outro exemplo é no caso de ação rescisória que, a princípio, não obsta a execução da sentença rescindenda (art. 489⁴³, do CPC, com redação conferida pela Lei nº 11.280/2006). Mas, ainda assim, a suspensão provisória da execução é possível, como ressalta o dispositivo, através de “medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”, desde que presentes os requisitos para a sua concessão.

Durante muito tempo, o artigo suscitou dúvidas e divergências doutrinárias por dois motivos: primeiro, por prever a possibilidade de suspender os efeitos de uma decisão já acobertada pela coisa julgada material (que inclusive é um dos requisitos ao cabimento de ação rescisória, a fim de desconstituí-la), enquanto pendente a decisão constitutiva negativa na ação rescisória, esta sim com o condão de tornar ineficaz a sentença antes proferida; segundo, por facultar que a suspensão provisória se dê mediante tutela antecipada ou tutela cautelar.

O autor Sidnei Amendoeira Júnior, comentando acerca da suspensão do cumprimento do julgado rescindendo, opina que:

[...] o meio mais adequado para tanto seria a antecipação de tutela e não a ação cautelar porque, como se sabe, na medida em que a tutela antecipada adianta os efeitos do provimento final de mérito, nada mais natural compreender que um dos principais efeitos de eventual procedência da ação rescisória seria a desconstituição da coisa julgada e do julgado rescindendo e, automaticamente, a impossibilidade de o mesmo gerar efeitos e ser cumprido integralmente, ou seja, antecipa-se, então, um dos efeitos da tutela final da ação rescisória julgada procedente, a impossibilidade de prosseguimento da ação de execução de sentença (atualmente, cumprimento de sentença). (2007, p. 360).

Ao prever ambas as medidas para fins de suspensão da decisão que se pretende rescindir, alguns autores entendem que o legislador privilegiou a plena fungibilidade entre as duas medidas. Entretanto, a jurisprudência diverge nesse mister.

No julgamento do Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 4.425/RJ, em 28/09/2011, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ressaltou que a despeito da previsão do artigo 489, do CPC, entende-se cabível, em caráter excepcional, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela, a fim de obstar a execução da decisão rescindenda, desde que presentes os requisitos elencados no artigo 273, do Código.

⁴³ Art. 489. *O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006).*

Em outro precedente, um Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 12.581/RN, apreciado em 08/06/2011, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, a Segunda Seção consignou que, a despeito da divergência quanto à possibilidade de suspensão da execução da decisão rescindenda por medida cautelar, afigura-se mais razoável adotar uma posição intermediária, entendendo-lhe cabível em hipóteses bastante restritas, “sob pena de se abalar uma das bases do direito, que é a garantia da coisa julgada”. Como consignado na ementa do acórdão, cujo excerto merece relevo,

Somente na hipótese de colisão entre direitos fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada "relativização da coisa julgada", fazendo-se uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior.

Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.

A dissidência jurisprudencial nesse mister, exemplificada com tais precedentes, reflete a dificuldade de distinguir, com precisão, as hipóteses em que se deve aplicar a tutela antecipada ou a tutela cautelar – a exemplo da já mencionada crise de incompreensão, agravada pelas reformas.

Com o advento do Projeto de Lei nº 8.046/2010, não haverá alteração no que concerne à utilização das tutelas de urgência no âmbito recursal, a fim de suspender efeitos das decisões, conforme a pretensão da parte recorrente. Entretanto, importa sobrelevar a redação do artigo 981⁴⁴, que finda a controvérsia acerca da medida mais adequada à sustação dos efeitos da decisão rescindenda, quando pendente de julgamento a ação rescisória. Depreende-se que a questão foi dirimida, prevalecendo a orientação de que nesses casos o efeito suspensivo só pode ser obtido requerendo-se tutela antecipada, que apresenta requisitos mais robustos, restringindo as hipóteses de concessão.

Insta analisar, também sob o aspecto jurisprudencial, o tratamento conferido à parcela incontroversa, no Novo Código classificada como uma tutela de evidência.

⁴⁴ Art. 981. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela antecipada.

3.3.2 Parcela incontroversa: uma tutela de evidência

A Lei nº 10.444/2002, protagonista da *reforma da reforma*, introduziu, no artigo 273 do Código de Processo Civil, dentre as hipóteses de concessão da tutela antecipada, os casos em que “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (parágrafo 6º).

Essa incontrovérsia deflui do ônus da impugnação específica dos fatos, atribuído ao réu, conforme prevê o artigo 302⁴⁵, do Código de Processo Civil. Caso haja omissão quanto a alguns dos fatos declinados pelo autor, estes reputar-se-ão verdadeiros e, a teor dos incisos II e III do artigo 334⁴⁶, independem de provas. No mesmo sentido, explica Cândido Rangel Dinamarco que “Tornar-se incontroverso o *direito* no curso do processo significa que uma das partes, ou ambas, emitiu uma declaração de vontade capaz de eliminar a tensão existente entre a pretensão do autor e a pretensão oposta, deduzida pelo réu” (2003, p. 98).

Nesses casos, a não concessão da tutela antecipada postergaria, sem razão, a fruição dos efeitos da tutela final pretendida pela parte, a despeito de inexistir lide sobre aquele determinado aspecto, que se reputa incontroverso.

Diante da “pujante segurança para julgar, emergente da incontrovérsia sobre fatos”, na hipótese do § 6º, do art. 273, dispensa-se o *periculum in mora*, exigido no inciso I do artigo. (DINAMARCO, 2003, p. 96-97). O mesmo motivo enseja a dispensa da reversibilidade, como requisito à concessão das antecipações de tutela, eis que a presunção de veracidade dos fatos reduz sobremaneira a possibilidade de revogação da medida antecipatória, e, por consequência, os riscos inerentes à irreversibilidade (p. 97).

⁴⁵ Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

⁴⁶ Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Há quem entenda que embora o parágrafo 6º haja sido inserido no artigo 273, que generalizou a tutela antecipada no direito brasileiro, não se trata de hipótese de mera antecipação, mas, sim, de “permissão para decisão *definitiva* sobre parcela do mérito da causa.” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 535). Ensejaria, assim, uma solução judicial definitiva, capaz de formar coisa julgada material, de sorte que o objetivo do instituto, aos olhos de Fredie Didier Júnior, seria “fracionar a resolução do mérito” (2012, p. 539).

Dissociando-se do instituto da antecipação de tutela, justifica-se a dispensa de verificação dos requisitos que seriam necessários ao seu deferimento, reputando suficiente a existência de “incontrovérsia de um pedido formulado ou de parcela dele” e a “desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele” (2012, p. 540).

É nesse sentido a crítica de Cândido Rangel Dinamarco, a quem a modificação que culminou na inserção do § 6º ao artigo 273 foi “tímida”, na medida em que o legislador poderia ter aproveitado a oportunidade para autorizar, nesses casos, um “parcial julgamento antecipado mérito (art. 330, inc. I)”, a exemplo dos artigos 277, 2ª parte, e 278, do *código* italiano. (2003, p. 96).

Mas, de qualquer forma, tratar o dispositivo como mera hipótese de concessão de tutela antecipada é, em verdade, reduzi-lo, sobremaneira, na medida em que a obtenção da incontrovérsia dispensa inclusive provas, como já comentado. Em suma, na lição da melhor doutrina, capitaneada – dentre outros – por Fredie Didier Júnior, a aplicação do § 6º, do art. 273, importará na prolação de uma decisão interlocutória “que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva” (2012, p. 541).

Não haveria justificativas, portanto, para obstar a execução definitiva dessa parcela que restou incontroversa. Todavia, o assunto é permeado por divergências, facilmente constatáveis em breves análises jurisprudenciais.

Em recente julgado do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.234.887/RJ, de 19/09/2013, a despeito de reconhecer-se a inexistência de fundamentos que obstassem a concessão da parcela do pedido que restou incontroversa, entendeu-se que tal tutela “não é suscetível de imunidade pela coisa julgada,

inviabilizando o adiantamento dos consectários legais da condenação (juros de mora e honorários advocatícios)”.

Noutra senda, merece destaque importante precedente, EREsp nº 721.791/RS, julgado em 19/12/2005 pela Corte Especial do STJ, sob a relatoria do Ministro José Delgado, em cuja oportunidade o Ministro Luiz Fux manifestou-se, suscitando divergência posteriormente acolhida pela corte. Em seu voto, expôs que “Como se trata de parcela incontroversa, efetivamente, dela sequer cabe recurso. Se não cabe recurso é porque a decisão transitou em julgado; não há controvérsia sobre isso.”.

Sob a ótica do Projeto nº 8.046/2010, depreende-se que a existência de pedido incontroverso ensejará a prolação de decisão parcial do mérito, como aduz o artigo 363⁴⁷, inciso I. A execução do provimento independerá de caução, ainda que haja sido interposto recurso – no caso, agravo de instrumento, conforme previsão do § 4º. Caso a decisão transite em julgado, a execução tornar-se-á definitiva.

A parcela incontroversa assume o status de tutela de evidência, e a decisão que a concede adentra a parte do mérito, com o condão de produzir coisa julgada e efeitos definitivos. Essa orientação deverá ser observada pela doutrina e pela jurisprudência, com o intuito de findar as dissidências até então verificáveis nesse mister.

Claro que, como aduz Carlos Alberto Carmona, “A lei nem sempre tem o condão de modificar condutas, comportamentos, idiossincrasias, defeitos e distorções culturais”; mas, sem dúvida, as modificações legislativas constituem um primeiro passo, “e o legislador, mesmo com alguns tropeços, conseguiu notável avanço. Cabe aos operadores fazer sua parte”. (2007, p. 58).

⁴⁷ Art. 363. O juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 362.

§ 1º. A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º. A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. Se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 3º. A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 4º. A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A breve retrospectiva realizada neste trabalho denota que o processo civil brasileiro tende à simplificação. Prioriza-se a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, em detrimento ao excessivo formalismo, historicamente cultivado nos diplomas legislativos anteriores.

É inegável o progresso auferido, desde o paulatino desvencilhamento às leis portuguesas, até a estruturação de um processo civil genuinamente brasileiro, ainda que fortemente atrelado a ordenamentos estrangeiros, onde buscou inspiração em alguns aspectos. Esse compromisso evolutivo exige uma sintonia entre a norma positivada e sua aplicação prática, a depender da interpretação que lhe conferem os operadores do direito.

O advento do Código de 1939 constituiu um marco, na medida em que promoveu a unificação da legislação regulatória do processo civil brasileiro. Ainda bastante arraigado em práticas formalistas, sistematizou as primeiras disposições no que tange às tutelas de urgência, como meios de evitar a inutilidade do provimento final em virtude do tempo necessário ao exaurimento da cognição.

Em 1973, foi substituído por novo diploma, comumente adjetivado com o sobrenome de seu idealizador, Alfredo Buzaid, cuja principal inovação concerniu à destinação de um livro específico ao regramento do processo cautelar. A autonomia que lhe foi conferida passou a ser importante traço distintivo desse provimento destinado a acautelar uma situação referível a um direito material em discussão no processo principal.

Mas, desde logo, eclodiram estudos com vistas a promover reformas pontuais no código, preteridas em relação à redação de uma nova lei. Especificamente no que concerne às tutelas objeto deste estudo, têm fundamental importância as ondas reformistas de 1994 e de 2002, em que se generalizou a antecipação dos efeitos da tutela no direito brasileiro – mediante a alteração do artigo 273, do Código – e se introduziu a fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar – mediante a inclusão do § 7º naquele artigo.

Se já pairava certa incompreensão quanto às intenções legislativas do Diploma de 1973, a situação se agravou após as reformas, que disseminaram interpretações equivocadas, de modo a gerar receosa insegurança jurídica. O resultado desse paradoxo outro não poderia ser senão grave comprometimento da organicidade do sistema processual civil, que urgia uma melhor configuração.

A redação de um novo código, estruturado sobre suas próprias bases, figura como a melhor solução aos sucessivos remendos legislativos que marcaram as últimas duas décadas. As experiências passadas serviram ao amadurecimento da doutrina e da jurisprudência nacional, evidenciando erros e acertos, a serem extirpados ou lapidados, com vistas ao refinamento da ciência processual civil. O direito estrangeiro, com seus institutos próprios, também é fonte de inspiração ao legislador pátrio, na medida em que permite aferir a repercussão de seus institutos na constante busca pela celeridade e efetividade jurisdicionais.

Inserido em um contexto democrático, constitucionalmente garantido, e após amplamente debatido, exsurgiu o Projeto de Lei nº 8.046/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados. Com suas modificações estruturais e substanciais, propõe a reclassificação das tutelas pautadas em cognição sumária, e a admissão da estabilização da tutela, dadas determinadas circunstâncias referidas pela lei.

O *référé* à brasileira, tal qual previsto no projeto do novo código, não pode passar ao largo de críticas que, longe de constituírem mera resistência desmotivada a inovações, pautam-se, sobretudo, na preocupação sistêmica do processo civil, dados os seus dogmas há muito enraizados na cultura brasileira. A cognição sumária, eminentemente provisória e baseada em mera probabilidade do direito declinado, não foi concebida para resolver a lide de modo definitivo. Por consequência, a decisão que aprecia o pedido de antecipação dos efeitos da tutela satisfativa não pode – sob pena de negação a vários pressupostos da ciência processual, a exemplo da já consolidada teoria da ação – solidificar-se, com o revestimento da coisa julgada material.

São legítimos e louváveis os objetivos que orientam as modificações sugeridas pelo projeto do novo diploma. Todavia, a pretensa agilização e efetivação do processo não pode ser imposta a qualquer custo, principalmente se implicar em enorme quebra de paradigmas, à qual os estudiosos e operadores do direito não estão preparados.

Levar a cabo tamanha inovação comprometeria a própria operacionalização do instituto, por mais paradoxal que isso possa parecer. Não obstante, por via reflexa, tornaria necessária uma revisão apurada de tantos outros pontos da legislação processual, sustentados pela teoria da ação e pela distinção entre sumariedade e definitividade da cognição.

Não se pode perder de vista que os códigos visam guardar uma congruência sistêmica, a sobrepair o ramo do direito que se destinam a regular. Em se tratando de um diploma redigido sob a égide de um estado democrático, o cuidado deve ser redobrado, porquanto o

amplo espaço conferido à discussão de seus dispositivos, ao mesmo tempo em que permite a consideração de vários vieses a serem valorizados na sua elaboração, majoram os esforços necessários à harmonização de ideias provenientes de correntes jurídicas diversas.

Importante destacar que não se defende uma conservação do *status quo ante*, porquanto as inovações são imprescindíveis à evolução da ordem jurídica e à realização dos objetivos insculpidos na Constituição Federal. Mas esse viés vanguardista deve ser comedido, a fim de não imbuir a legislação de dispositivos inaplicáveis, que não surtirão os efeitos pretendidos.

Justificar a inserção da estabilização da tutela com base no direito francês é igualmente descabido. Há várias circunstâncias a influenciar a evolução de um instituto, conforme o contexto social, político, cultural em que está inserido. E a ampla internalização da medida à mente dos juristas francês, não significa que a repercussão do instituto será a mesma no Brasil, cuja ciência processual guarda suas peculiaridades.

Em suma, ao passo em que reorganizou as tutelas sumárias, reclassificando-as e reconhecendo a existência de tutelas de evidência, o novo código propõe uma tentativa de conciliar o inconciliável, forçando a inserção de novos institutos nas molduras tradicionais.

Impende, agora, acompanhar a tramitação do projeto junto à Câmara dos Deputados e, em sendo aprovado o novo diploma, observar a repercussão da nova sistemática conferida às tutelas de urgência na prática forense. Como aduz José Carlos Barbosa Moreira, no excerto epigrafoado neste estudo, se vier “a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito, e até de desfazê-lo, se preciso for”.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei nº 10.444, de maio de 2002. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- AMARAL, Oswaldo Pinto do. **Código de processo civil brasileiro comentado**. 5 v. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1941.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. O artigo 489 do CPC e a suspensão do cumprimento do julgado rescindendo. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). **Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe**. São Paulo: Atlas, 2007.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título original: *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 6 nov. 2013.
- _____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.
- _____. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do código de processo civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm#art273>. Acesso em: 13 nov. 2013.
- _____. **Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm#art273§6>. Acesso em: 13 nov. 2013.
- _____. Senado federal. **Ato do presidente nº 379, de 2009**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%C2%BA%20379.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2013.
- _____. Senado federal. **Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.
- _____. Senado federal. **Projeto de lei do senado nº 186, de 2005**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=73862>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. Senado federal. **Relatório final apresentado pela comissão temporária da reforma do código de processo civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010.** Dispõe sobre a reforma do código de processo civil, e proposições anexadas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Civil e processual. Ação revisional de contrato. Dívida inscrita em cadastro negativo. Ausência de pedido tutelar ou cautelar para obstar registro. Inscrição lícita. Ausência de ilicitude no ato. Dano moral não configurado. I. O mero ajuizamento de ação revisional de contrato pelo devedor não o torna automaticamente imune à inscrição de seu nome em cadastros negativos de crédito, cabendo-lhe, em primeiro lugar, postular, expressamente, ao juízo, tutela antecipada ou medida liminar cautelar, para o que deverá, ainda, atender a determinados pressupostos para o deferimento da pretensão, a saber: “a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas” (REsp n. 527.618/RS, 2ª Seção, unânime, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003). II. Sequer feito pedido obstativo da inscrição e não identificado, de outro lado, a verossimilhança da tese exordial, incabível a postulação e a indenização por dano moral. Precedentes. III. Recurso especial não conhecido. Recurso Especial n. 555.158-RS. RC Distribuidora de Carnes e Derivados LTDA. e Dibens Leasing S.A. Arrendamento Mercantil. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ, 14 março, 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=555158&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Medida cautelar. Ação ordinária. Tutela antecipada. Inscrição no SERASA. Natureza cautelar da pretensão. 1. Em ação ordinária destinada a reduzir o valor da dívida, mediante a discussão a respeito da legalidade de cláusulas e encargos do contrato, a tutela antecipada não é instituto adequado para se obstar a inscrição do nome do autor junto às entidades de proteção ao crédito, pois não se confunde com as medidas cautelares em geral. A tutela antecipada destina-se a atender o próprio pedido principal, na hipótese, o de redução da dívida. 2. Medida cautelar indeferida. Medida Cautelar n. 4.540-SP. João de Abreu e Citibank S.A. Administradora de Cartão de Crédito. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ, 4 nov. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101953893&dt_publicacao=04/11/2002>. Acesso em: 13 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Processual civil. Ação cautelar. Mandado de seguranças nos quais se obteve decisões favoráveis à compensação de crédito-prêmio do ipi. Efeito suspensivo atribuído ao recurso especial fazendário em sede de juízo prévio de admissibilidade. Poder geral de cautela. Conduta do fisco consistente no cancelamento das compensações realizadas sob o amparo das decisões suspensas. Fumus boni iuris e periculum

in mora. Existência. 1. O efeito suspensivo atribuído ao recurso especial implica tão-somente que o ato decisório recorrido não produza os seus efeitos antes do transcurso do prazo recursal ou do seu trânsito em julgado, vinculando a manifestação do Tribunal de origem a esse âmbito. Por isso que se aduz a efeito ex nunc. É que resta cediço caber ao Presidente do Tribunal a quo, como delegatário do STJ, aferir tão-somente a admissibilidade recursal. A tutela antecipada de mérito só pode ser conferida pelo órgão competente para decidir o próprio recurso, in casu, o E. STJ. 2. Deveras, tanto o E. STF quanto o STJ concluíram ser vedado, a título de cautelar concessiva de efeito suspensivo à decisão de recurso submetido à irresignação especial, providência mais ampla do que a sustação da eficácia do decisum. É que, além dessa fronteira, situa-se o mérito do recurso, superfície insindicável pelo Tribunal a quo, sob pena de usurpação de competência. 3. In casu, o Presidente do TRF da 5ª Região, com supedâneo no poder geral de cautela, emprestou efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos pela Fazenda Nacional, por vislumbrar fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, uma vez que a sentença concessiva da segurança, confirmada pelo Tribunal, garantiu à empresa a utilização de créditos do IPI, por entender aplicável o Decreto-Lei nº 491/69, em contraposição ao entendimento hodiernamente esposado no STJ. 4. Entrementes, consoante notícia a requerente, "a Delegacia da Receita Federal, seguindo equivocada orientação da Procuradoria da Fazenda Nacional, determinou o cancelamento dos atos compensatórios realizados, conforme demonstrado nos despachos, em parte, ora anexados, proferidos pelo titular do Órgão respectivo, nos quais restou determinado o imediato cancelamento de todos os DARF's emitidos junto ao sistema SIAFI nos autos dos processos administrativos". 5. Desta sorte, forçoso se revela o deferimento da cautelar pleiteada, a fim de que seja mantida a suspensão do acórdão recorrido apenas com efeitos ex nunc, impedindo-se novas compensações e preservando-se o status quo ante. 6. Medida cautelar parcialmente procedente para tão-somente suspender a cobrança dos débitos relativos às compensações já realizadas, assim como interromper quaisquer operações da requerente com os créditos do IPI até o julgamento do REsp 886.074/AL. Medida Cautelar n. 12.315-AL. Central Açucareira Santo Antônio S/A e Fazenda Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe, 17 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602751583&dt_publicacao=17/12/2008>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Processual civil. Ação rescisória. Tutela antecipada ausência dos requisitos autorizadores da medida elencados no art. 273 do Código de Processo Civil. Agravo desprovido. I- Não obstante o disposto no art. 489 do Código de Processo Civil - "A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda." - o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, excepcionalmente, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória com o fito de suspender a execução da decisão rescindenda, desde que presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil. II - A viabilidade da ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta contra a literalidade da norma jurídica, o que, in prima facie, não se visualiza no caso concreto. III -Agravo interno desprovido. Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 4.425-RJ. União e Maria Helena Cardoso Meirelles. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ, 7 out. 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000356933&dt_publicacao=07/10/2011>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Processual civil e constitucional. Agravo regimental na medida cautelar. Ação rescisória. Pretendida suspensão da execução de decisão transitada em julgado. Admissibilidade somente em situações excepcionalíssimas, de colisão entre direitos fundamentais. Inexistência na espécie. Cautelar extinta. Somente na hipótese de colisão entre direitos fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada "relativização da coisa julgada", fazendo-se uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver a conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior. Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça. Agravo não provido. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 12.581-RN. Fundação Assistencial e Seguridade Social Dos Empregados Da Cosern – FASERN e Antônio Vaz Pereira do Rêgo e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ, 15 jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700502193&dt_publicacao=15/06/2011>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Processual civil. Embargos de divergência. Execução movida contra a fazenda pública. Embargos parciais. Expedição de precatório sobre a parcela incontroversa. Possibilidade. Art. 739, § 2º do CPC. Jurisprudência reiterada deste Superior Tribunal de Justiça. 1. Em exame embargos de divergência apresentados com o objetivo de impugnar acórdão segundo o qual é possível a expedição de precatório referente à parte incontroversa da dívida, ainda que a executada seja a Fazenda Pública. 2. A consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça expressa o entendimento de que, segundo o estabelecido no art. 739, § 2º, do CPC, é possível a expedição de precatório sobre a parcela incontroversa da dívida (posto que não embargada), mesmo na hipótese de a União (Fazenda Pública) ocupar o pólo passivo na ação de execução. Precedentes. 3. Embargos de divergência rejeitados. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 721.791-RS. União e Celina Dornelles de Barcellos e outros. Relator: Ministro José Delgado. DJ, 23 abril 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501446680&dt_publicacao=23/04/2007>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Processual civil – tutela antecipada – ação de revisão contratual – inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. Desde que pendente de decisão judicial o valor do débito, e ponderáveis as razões do devedor, justifica-se a concessão de tutela antecipada para impedir a inclusão de seu nome no rol dos inadimplentes nos órgãos controladores de crédito. Precedentes. Recurso especial provido. Recurso Especial n. 435.134-SP. Trefilação de Ferro e Aço Ferralva LTDA. e Banco BMC S/A. Relator: Ministro Castro Filho. DJ, 8 nov. 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=435134+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Recursos especiais. Processual civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Violação do art. 273, § 1º, do Código de Processo Civil. Ausência de prequestionamento. Artigo 273, § 6º, do CPC. Antecipação de tutela para levantamento do valor incontroverso do crédito. Possibilidade. Consectários da condenação. Cabimento. 1. Não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta. De tanto resulta que não há falar, na espécie, em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, visto que inexistente qualquer vício a ser sanado em sede de embargos de declaração. 2. A tese recursal vinculada ao § 1º do artigo 273 do CPC, diversa da suscitada nas razões dos aclaratórios, não foi debatida no acórdão hostilizado, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem. Resta desatendido, portanto, o requisito específico de admissibilidade do recurso especial concernente ao prequestionamento, o que atrai o óbice constante na Súmula nº 211 desta Corte (v.g.: REsp 775.841/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26/3/2009). 3. Se um dos pedidos, ou parte deles, já se encontre comprovado, confessado ou reconhecido pelo réu, não há razão que justifique o seu adiamento até a decisão final que aprecie a parte controversa da demanda que carece de instrução probatória, podendo ser deferida a antecipação de tutela para o levantamento da parte incontroversa (art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil). 4. Não se discute que a tutela prevista no § 6º do artigo 273 do CPC atende aos princípios constitucionais ligados à efetividade da prestação jurisdicional, ao devido processo legal, à economia processual e à duração razoável do processo, e que a antecipação em comento não é baseada em urgência, nem muito menos se refere a um juízo de probabilidade (ao contrário, é concedida mediante técnica de cognição exauriente após a oportunidade do contraditório). Porém, por questão de política legislativa, a tutela do incontroverso, acrescentada pela Lei nº 10.444/02, não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, inviabilizando o adiantamento dos consectários legais da condenação (juros de mora e honorários advocatícios). 6. Recursos especiais da STM Networks Inc. e da STM Wireless Telecomunicações Ltda. não providos. Recurso Especial 1.234.887-RJ. STM Networks Inc. e STM Wireless Telecomunicações LTDA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ, 2 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100166247&dt_publicacao=02/10/2013>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Superior tribunal de justiça.** Tutela antecipada. SPC. SERASA. Contratos de dívida sub judice. Estando sub judice a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos. Recurso conhecido em parte e provido. Recurso Especial n. 213.580-RJ. Geotecnica S.A. e outros e Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. – CREDIREAL. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ, 22 nov. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900409957&dt_publicacao=22/11/1999>. Acesso em: 13 nov. 2013.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil de 1973.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. Quinze anos de reformas no código de processo civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). **Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Título original: *Sistema di diritto processuale civile*.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. Título original: *Instituzioni di diritto processuale civile*.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 2 v. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Reforma do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

EUROPEAN JUSTICE. **Medidas provisórias e cautelares – Portugal**. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_interim_and_precautionary_measures-78-pt-pt.do>. Acesso em: 5 nov. 2013.

_____. **Mesures provisoires et conservatoires – France**. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_interim_and_precautionary_measures-78-fr-fr.do>. Acesso em: 8 nov. 2013.

_____. **Misure provvisorie e cautelari – Italia**. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_interim_and_precautionary_measures-78-it-it.do>. Acesso em: 8 nov. 2013.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, n. 16, p. 23-42, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de processo**, São Paulo, n. 121, p. 11-37, 2005.

INGLATERRA. Ministry of justice. **CPR – rules and directions**. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

ITÁLIA. **Codice civile e di procedura civile e leggi complementari**. Organizador Giuseppe Finocchiaro. Guida al Diritto, 2009.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. Curitiba: Juruá, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Título original: *Manuale di diritto processuale civile*.

MARINONI, Luiz Guilherme. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Reforma do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Coleção estudos de direito de processo**. v. 52. São Paulo: RT, 2002.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Temas de direito processual (segunda série)**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Temas de direito processual (sexta série)**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PORTUGAL. **Diário do Governo**. I Série – número 299, de 28 de dezembro de 1961. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-44129-1961/downloadFile/file/DL_44129_1961.pdf?nocache=1182951595.6>. Acesso em: 4 nov. 2013.

_____. **Diário da República**, 1.^a série – nº 121 – 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2013.

_____. Ministério da justiça. **Exposição de motivos**. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/463719/exposi_o_de_motivos.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Reforma do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. **Revista de processo**, São Paulo, n. 79, p. 51-64, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. **Revista de informação legislativa, Brasília**, n. 122, p. 205-214, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de processo**. São Paulo, n. 206, p. 13-59, 2002.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil realidade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

_____. **Lições de história do processo civil. romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Reforma do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.